



GIORGIO AGAMBEN
STATO DI ECCEZIONE

Bollati Boringhieri

Lo stato di eccezione, ossia quella sospensione dell'ordine giuridico che siamo abituati a considerare una misura provvisoria e straordinaria, sta oggi diventando sotto i nostri occhi un paradigma normale di governo, che determina in misura crescente la politica sia estera sia interna degli stati. Il libro di Agamben è il primo tentativo di fornirne una sommaria ricostruzione storica e, insieme, di analizzare le ragioni e il senso della sua evoluzione attuale, da Hitler a Guantanamo. Quando lo stato di eccezione tende a confondersi con la regola, le istituzioni e gli equilibri delle costituzioni democratiche non possono più funzionare e lo stesso confine fra democrazia e assolutismo sembra cancellarsi. Muovendosi nella terra di nessuno fra la politica e il diritto, fra l'ordine giuridico e la vita, dove i ricercatori non amano avventurarsi, Agamben smonta a una a una le teorizzazioni giuridiche dello stato di eccezione e getta una luce nuova sulla relazione nascosta che lega violenza e diritto.

Ocr e conversione a cura di Natjus

GIORGIO AGAMBEN

STATO DI ECCEZIONE

Homo sacer, II, 1

Prima edizione maggio 2003

© 2003 Bollati Boringhieri editore s.r.l., Torino, corso Vittorio Emanuele II, 86 I diritti di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati

Stampato in Italia dalla Stampatre di Torino

ISBN 88-339-1459-3

Indice

1. Lo stato di eccezione come paradigma di governo
2. Forza-di-legge
3. *Iustitium*
4. Gigantomachia intorno a un vuoto
5. Festa, lutto, anomia
6. *Auctoritas* e *potestas*

Riferimenti bibliografici

Stato di eccezione

Quare siletis iuristae in munere vestro?

I.

Lo stato di eccezione come paradigma di governo

I. 1 L'essenziale contiguità fra stato di eccezione e sovranità è stata fissata da Carl Schmitt nella sua *Politische Theologie* (1922). Benché la sua celebre definizione del sovrano come «colui che decide sullo stato di eccezione» sia stata ampiamente commentata e discussa, ancor oggi, tuttavia, una teoria dello stato di eccezione manca nel diritto pubblico, e giuristi e pubblicisti sembrano considerare il problema più come una *quaestio facti* che come un genuino problema giuridico. Non soltanto la legittimità di una tale teoria viene negata da quegli autori che, rifacendosi all'antica massima secondo cui *necessitas legem non habet*, affermano che lo stato di necessità, su cui l'eccezione si fonda, non può avere forma giuridica, ma la definizione stessa del termine è resa difficile dal suo situarsi al limite fra la politica e il diritto. Secondo un'opinione diffusa, infatti, lo stato di eccezione costituisce un «punto di squilibrio fra diritto pubblico e fatto politico» (Saint-Bonnet, 2001, p. 28), che - come la guerra civile, l'insurrezione e la resistenza - si situa in una «frangia ambigua e incerta, all'intersezione fra il giuridico e il politico» (Fontana, 1999, p. 16). Tanto più urgente diventa la questione dei confini: se i provvedimenti eccezionali sono il frutto dei periodi di crisi politica e, come tali, vanno compresi sul terreno politico e non su quello giuridico- costituzionale (De Martino, 1973, p. 320), essi vengono a trovarsi nella paradossale situazione di provvedimenti giuridici che non possono essere compresi sul piano del diritto e lo stato di eccezione si presenta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale. D'altra parte, se l'eccezione è il dispositivo originale attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione, allora una teoria dello stato di eccezione è

condizione preliminare per definire la relazione che lega e, insieme, abbandona il vivente al diritto.

E' questa terra di nessuno fra il diritto pubblico e il fatto politico, e fra l'ordine giuridico e la vita, che la presente ricerca si propone di indagare. Solo se il velo che copre questa zona incerta verrà rimosso potremo avvicinarci a comprendere la posta in gioco nella differenza - o nella supposta differenza - fra il politico e il giuridico e fra il diritto e il vivente. E forse soltanto allora sarà possibile rispondere alla domanda che non cessa di risuonare nella storia della politica occidentale: che cosa significa agire politicamente?

1.2 Tra gli elementi che rendono difficile una definizione dello stato di eccezione è certamente la stretta relazione che esso intrattiene con la guerra civile, l'insurrezione e la resistenza. Poiché la guerra civile è l'opposto dello stato normale, essa si situa in una zona di indecidibilità rispetto allo stato di eccezione, che è la risposta immediata del potere statuale ai conflitti interni più estremi. Nel corso del xx secolo, si è così potuto assistere a un fenomeno paradossale, che è stato efficacemente definito come una «guerra civile legale» (Schnur, 1983). Si prenda il caso dello Stato nazista. Non appena Hitler prese il potere (o, come si dovrebbe forse dire più esattamente, non appena il potere gli fu consegnato), egli proclamò il 28 febbraio il *Decreto per la protezione del popolo e dello Stato*, che sospendeva gli articoli della Costituzione di Weimar concernenti le libertà personali. Il decreto non fu mai revocato, in modo che tutto il Terzo Reich può essere considerato, dal punto di vista giuridico, come uno stato di eccezione durato per dodici anni. Il totalitarismo moderno può essere definito, in questo senso, come l'instaurazione, attraverso lo stato di eccezione, di una guerra civile legale, che permette l'eliminazione fisica non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini che per qualche ragione risultino non integrabili nel sistema politico. Da allora, la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici.

Di fronte all'inarrestabile progressione di quella che è stata definita una «guerra civile mondiale», lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante nella politica contemporanea. Questa dislocazione di una misura provvisoria ed eccezionale in tecnica di governo minaccia di trasformare radicalmente - e ha già di fatto sensibilmente trasformato - la struttura e il senso della distinzione tradizionale delle forme di costituzione. Lo stato di eccezione si presenta anzi in questa prospettiva come una soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo.

✧ L'espressione «guerra civile mondiale» appare nello stesso anno (1961) nel libro di Hannah Arendt *Sulla rivoluzione* e in quello di Carl Schmitt sulla *Teoria del partigiano*. La distinzione fra uno «stato di eccezione reale» (*état de siège effectif*) e uno «stato di eccezione fittizio» (*état de siège fictif*) risale invece, come vedremo, alla pubblicistica francese ed è già chiaramente articolata nel libro di Theodor Reinach: *De l'état de siège. Étude historique et juridique* (1885), che è all'origine dell'opposizione schmittiana e benjaminiana fra stato di eccezione reale e stato di eccezione fittizio. La giurisprudenza anglosassone preferisce parlare, in questo senso, di *fancied emergency*. I giuristi nazisti, per parte loro, parlavano senza riserve di un *gewollte Ausnahmestand*, uno stato di eccezione voluto, «al fine dell'instaurazione dello Stato nazionalsocialista» (Werner Spohr, in Drobische e Wieland, 1993, p. 28).

1.3 Il significato immediatamente biopolitico dello stato di eccezione come struttura originale in cui il diritto include in sé il vivente attraverso la propria sospensione emerge con chiarezza nel «military order» emanato dal presidente degli Stati Uniti il 13 novembre 2001, che autorizza la «indefinite détention» e il processo da parte di «military commissions» (da non confondere con i tribunali militari previsti dal diritto di guerra) dei non-cittadini sospetti di implicazione in attività terroristiche.

Già lo USA *Patriot Act*, emanato dal Senato il 26 ottobre 2001, permetteva all'*Attorney general* di «prendere in custodia»

lo straniero {*alien*) che fosse sospettato di attività che mettevano in pericolo «la sicurezza nazionale degli Stati Uniti»; ma entro sette giorni lo straniero doveva essere o espulso o accusato di violazione della legge sull'immigrazione o di un altro delitto. La novità dell'«ordine» del presidente Bush è di cancellare radicalmente ogni statuto giuridico di un individuo, producendo così un essere giuridicamente innominabile e inclassificabile.

I talebani catturati in Afghanistan non solo non godono dello statuto di POW secondo la convenzione di Ginevra, ma nemmeno di quello di imputato di un qualsiasi delitto secondo le leggi americane. Non prigionieri né accusati, ma soltanto *detainees*, essi sono oggetto di una pura signoria di fatto, di una detenzione indefinita non solo in senso temporale, ma quanto alla sua stessa natura, poiché del tutto sottratta alla legge e al controllo giudiziario. Il solo paragone possibile è con la situazione giuridica degli ebrei nei *Lager* nazisti, i quali avevano perso, con la cittadinanza, ogni identità giuridica, ma mantenevano almeno quella di ebrei. Come Judith Butler ha efficacemente mostrato, nel *detainee* di Guantànamo la nuda vita raggiunge la sua massima indeterminazione.

1 .4 All'incertezza del concetto corrisponde puntualmente l'incertezza terminologica. Il presente studio si servirà del sintagma «stato di eccezione» come termine tecnico per l'insieme coerente di fenomeni giuridici che si propone di definire. Questo termine, comune nella dottrina tedesca (*Ausnahmezustand*, ma anche *Notstand*, stato di necessità), è estraneo alle dottrine italiana e francese, che preferiscono parlare di decreti di urgenza e di stato di assedio (politico o fittizio, *état de siege fictif*). Nella dottrina anglosassone prevalgono invece i termini *martial law* ed *emergency powers*.

Se, com'è stato suggerito, la terminologia è il momento propriamente poetico del pensiero, allora le scelte terminologiche non possono mai essere neutrali. In questo senso, la scelta del termine «stato di eccezione» implica una presa di posizione quanto alla natura del fenomeno che ci si propone di investigare e alla logica più adatta alla sua comprensione. Se le nozioni di «stato di assedio» e di «legge

marziale» esprimono una connessione con lo stato di guerra che è stata storicamente decisiva ed è tuttora presente, esse si rivelano tuttavia inadeguate per definire la struttura propria del fenomeno e necessitano per questo delle qualificazioni «politico» o «fittizio», anch'esse in qualche modo fuorvianti. Lo stato di eccezione non è un diritto speciale (come il diritto di guerra), ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite.

✧ La storia del termine «stato di assedio fittizio o politico» è, in questo senso, istruttiva. Esso risale alla dottrina francese, in riferimento al decreto napoleonico del 24 dicembre 1811, che prevedeva la possibilità di uno stato d'assedio, che l'imperatore poteva dichiarare, indipendentemente dalla situazione effettiva di una città investita o direttamente minacciata dalle forze nemiche, «lorsque les circonstances obligent de donner plus de forces et d'action à la police militaire, sans qu'il soit nécessaire de mettre la place en état de siège» (Reinach, 1885, p. 109). L'origine dell'istituto dello stato d'assedio è nel decreto dell'8 luglio 1791 dell'Assemblea costituente francese, che distingueva fra *état de paix*, in cui autorità militare e autorità civile agiscono ciascuna nella propria sfera, *état de guerre*, in cui l'autorità civile deve agire di concerto con l'autorità militare, ed *état de siège*, in cui «tutte le funzioni di cui l'autorità civile è investita per il mantenimento dell'ordine e della polizia interna passano al comandante militare, che le esercita sotto la sua esclusiva responsabilità» (*ibid.*). Il decreto si riferiva soltanto alle piazzeforti e ai porti militari; ma, con la legge del 19 fruttidoro dell'anno V, il Direttorio assimilò alle piazzeforti i comuni dell'interno e, con la legge del 18 fruttidoro dello stesso anno, si attribuì il diritto di mettere una città in stato di assedio. La storia successiva dello stato d'assedio è la storia del suo progressivo emanciparsi dalla situazione bellica cui era in origine legato, per essere usato come misura straordinaria di polizia di fronte a disordini e sedizioni interne, divenendo così, da effettivo o militare, fittizio o politico. In ogni caso è importante non dimenticare che lo stato di eccezione moderno è una creazione della tradizione democratico-rivoluzionaria e non di quella

assolutista.

L'idea di una sospensione della costituzione viene introdotta per la prima volta nella costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII, che all'art. 92 recitava: «Dans le cas de révolte à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté». La città o la regione in questione era dichiarata *hors la constitution*. Benché da una parte (nello stato d'assedio) il paradigma sia l'estensione in ambito civile dei poteri che competono all'autorità militare in tempo di guerra, e, dall'altra, una sospensione della costituzione (o di quelle norme costituzionali che proteggono le libertà individuali), i due modelli finiscono col tempo nel confluire in un unico fenomeno giuridico, che chiamiamo stato di eccezione.

✧ L'espressione «pieni poteri» (*pleins pouvoirs*), con cui si caratterizza a volte lo stato di eccezione, si riferisce all'espansione dei poteri governamentali e, in particolare, al conferimento all'esecutivo del potere di emanare decreti aventi forza-di-legge. Esso deriva dalla nozione di *plenitudo potestatis*, elaborata in quel vero e proprio laboratorio della terminologia giuspubblicistica moderna che è stato il diritto canonico. Il presupposto è qui che lo stato di eccezione implichi un ritorno a uno stato originale pleromatico in cui la distinzione tra i diversi poteri (legislativo, esecutivo ecc.) non si è ancora prodotta. Come vedremo, lo stato di eccezione costituisce piuttosto uno stato kenomatico, un vuoto di diritto e l'idea di una indistinzione e pienezza originaria del potere dev'essere considerata come un mitolo-gema giuridico, analogo all'idea di uno stato di natura (e non è un caso che sia stato proprio Schmitt a ricorrere a questo mitologema). In ogni caso, il termine «pieni poteri» definisce una delle possibili modalità di azione del potere esecutivo durante lo stato d'eccezione, ma non coincide con questo.

1.5 Fra il 1934 e il 1948, di fronte al crollo delle democrazie europee, la teoria dello stato di eccezione - che aveva fatto una prima, isolata apparizione nel 1921 col libro di Schmitt su *La Dittatura* - conobbe un momento di particolare fortuna; ma è significativo che ciò sia avvenuto nella forma pseudomorfica di un dibattito sulla cosiddetta «dittatura costituzionale».

Il termine - che appare già nei giuristi tedeschi per indicare i poteri eccezionali del presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar (*Reichsverfassungsmäßige Diktatur*, Preuss) - fu ripreso e svolto da Frederick M. Watkins (*The Problem of Constitutional Dictatorship*, «Public Policy», 1940) e da Carl J. Friedrich (*Constitutional Government and Democracy*, 1941) e, infine, da Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948). Prima di loro, occorre almeno menzionare il libro del giurista svedese Herbert Tingsten: *Les Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre* (1934). Questi libri, assai diversi tra loro e nel complesso più dipendenti dalla teoria schmittiana di quanto possa sembrare a una prima lettura, sono tuttavia ugualmente importanti perché registrano per la prima volta la trasformazione dei regimi democratici in conseguenza della progressiva espansione dei poteri dell'esecutivo durante le due guerre mondiali e, più in generale, dello stato di eccezione che le aveva accompagnate e seguite. Essi sono in qualche modo le staffette che annunciano ciò che abbiamo oggi con chiarezza davanti agli occhi - e, cioè, che, dal momento che «lo stato di eccezione [...] è diventato la regola» (Benjamin, 1942, p. 697), esso non soltanto si presenta sempre più come una tecnica di governo e non come una misura eccezionale, ma lascia anche apparire alla luce la sua natura di paradigma costitutivo dell'ordine giuridico.

L'analisi di Tingsten si concentra su un problema tecnico essenziale, che segna profondamente l'evoluzione dei regimi parlamentari moderni: l'estensione dei poteri dell'esecutivo in ambito legislativo attraverso l'emanazione di decreti e provvedimenti, in conseguenza della delega contenuta in leggi dette dei «pieni poteri». «Intendiamo per leggi dei pieni poteri,

quelle leggi con le quali viene accordato all'esecutivo un potere di regolamentazione eccezionalmente ampio, in particolare il potere di modificare e di abrogare con decreti le leggi in vigore» (Tingsten, 1934, p. 13). Poiché leggi di questa natura, che dovrebbero essere emanate per far fronte a circostanze eccezionali di necessità e di urgenza, contraddicono alla gerarchia fra legge e regolamento che sta alla base delle costituzioni democratiche e delegano al governo un potere legislativo che dovrebbe essere competenza esclusiva del parlamento, Tingsten si propone di esaminare in una serie di paesi (Francia, Svizzera, Belgio, Stati Uniti, Inghilterra, Italia, Austria e Germania) la situazione che risulta dalla sistematica espansione dei poteri governamentali durante la prima guerra mondiale, quando in molti degli Stati belligeranti (o anche neutrali, come in Svizzera) fu dichiarato lo stato di assedio o vennero emanate leggi dei pieni poteri. Il libro non va al di là della registrazione di un'ampia casistica; tuttavia, nella conclusione, l'autore sembra rendersi conto che, benché un uso temporaneo e controllato dei pieni poteri sia teoricamente compatibile con le costituzioni democratiche, «un esercizio sistematico e regolare dell'istituto conduce necessariamente alla liquidazione della democrazia» (*ibid.*, p. 333). Di fatto, la progressiva erosione dei poteri legislativi del parlamento, che si limita oggi spesso a ratificare provvedimenti emanati dall'esecutivo con decreti aventi forza-di-legge, è diventata da allora una prassi comune. La prima guerra mondiale - e gli anni seguenti - appaiono in questa prospettiva come il laboratorio in cui sono stati sperimentati e messi a punto i meccanismi e i dispositivi funzionali dello stato di eccezione come paradigma di governo. Uno dei caratteri essenziali dello stato di eccezione - la provvisoria abolizione della distinzione fra potere legislativo, esecutivo e giudiziario - mostra qui la sua tendenza a trasformarsi in durevole prassi di governo.

Il libro di Friedrich utilizza molto più di quanto lasci intendere la teoria schmittiana della dittatura, che viene invece liquidata in una nota come «un trattatello di parte» (Friedrich, 1941, p. 812). La distinzione schmittiana fra dittatura commissaria e dittatura sovrana si ripresenta qui come opposizione fra dittatura costituzionale, che si propone di

salvaguardare l'ordine costituzionale, e dittatura incostituzionale, che conduce al suo rovesciamento. L'impossibilità di definire e neutralizzare le forze che determinano la transizione dalla prima alla seconda forma di dittatura (per l'appunto ciò che era avvenuto, ad esempio, in Germania) è l'aporia fondamentale del libro di Friedrich, come, in generale, di tutta la teoria della dittatura costituzionale. Essa rimane prigioniera nel circolo vizioso per cui le misure eccezionali che si tratta di giustificare per la difesa della costituzione democratica sono le stesse che conducono alla sua rovina: «Non vi è alcuna salvaguardia istituzionale in grado di garantire che i poteri di emergenza siano effettivamente usati allo scopo di salvare la costituzione. Solo la determinazione del popolo stesso nel verificare che siano usati a questo scopo può assicurare di ciò [...]. Le disposizioni quasi dittatoriali dei sistemi costituzionali moderni, siano esse la legge marziale, lo stato d'assedio o i poteri di emergenza costituzionale, non possono realizzare controlli effettivi sulla concentrazione dei poteri. Di conseguenza, tutti questi istituti corrono il rischio di essere trasformati in sistemi totalitari, se si presentano condizioni favorevoli» (*ibid.*, pp. 828 sg.).

E' nel libro di Rossiter che queste aporie esplodono in aperte contraddizioni. A differenza di Tingsten e di Friedrich, egli si propone esplicitamente di giustificare, attraverso un ampio esame storico, la dittatura costituzionale. L'ipotesi è qui che, dal momento che il regime democratico, col suo complesso equilibrio di poteri, è concepito per funzionare in circostanze normali, «in tempi di crisi, il governo costituzionale dev'essere alterato in qualsiasi misura sia necessaria per neutralizzare il pericolo e restaurare la situazione normale. Questa alterazione implica inevitabilmente un governo più forte: cioè, il governo avrà più potere e i cittadini meno diritti» (Rossiter, 1948, p. 5). Rossiter è consapevole che la dittatura costituzionale (cioè lo stato di eccezione) è diventata, di fatto, un paradigma di governo (*a well established principle of constitutional government [ibid., p. 4]*) e che, come tale, essa è gravida di pericoli: tuttavia è proprio la sua immanente necessità che egli intende dimostrare. Ma in questo tentativo egli si avvolge in

contraddizioni insanabili. Il dispositivo schmittiano (che egli giudica *trail-blazing, if somewhat occasional*, e che si propone di correggere [*ibid.*, p. 14]), in cui la distinzione fra dittatura commissaria e dittatura sovrana non è di natura, ma di grado, e in cui la figura decisiva è indubbiamente la seconda, non si lascia, infatti, neutralizzare così facilmente. Benché Rossiter fornisca ben undici criteri per distinguere la dittatura costituzionale da quella incostituzionale, nessuno di essi è in grado di definire una differenza sostanziale né di escludere il passaggio dall'una all'altra. Il fatto è che i due criteri essenziali dell'assoluta necessità e della temporaneità, a cui tutti gli altri in ultima analisi si riducono, contraddicono quanto Rossiter sa perfettamente, e cioè che lo stato di eccezione è ormai diventato la regola: «Nell'era atomica in cui il mondo sta ora entrando, è probabile che l'uso dei poteri di emergenza costituzionale divenga la regola e non l'eccezione» (*ibid.*, p. 297); o ancora più chiaramente alla fine del libro: «Descrivendo i governi di emergenza nelle democrazie occidentali, questo libro può aver dato l'impressione che le tecniche di governo quali la dittatura dell'esecutivo, la delegazione dei poteri legislativi e la legislazione attraverso decreti amministrativi siano per natura puramente transitori e temporanei. Una tale impressione sarebbe certamente fuorviante [...]. Gli strumenti di governo qui descritti come dispositivi temporanei di crisi sono diventati in alcuni paesi, e possono diventarlo in tutti, durevoli istituzioni anche in tempo di pace» (*ibid.*, p. 313). La previsione, che segue di otto anni la prima formulazione benjaminiana nell'ottava tesi sul concetto della storia, era indubbiamente esatta; ma tanto più grottesche suonano le parole che concludono il libro: «Nessun sacrificio è troppo grande per la nostra democrazia, meno che mai il temporaneo sacrificio della stessa democrazia» (*ibid.*, p. 314).

1.6 Un esame della situazione dello stato di eccezione nelle tradizioni giuridiche degli Stati occidentali mostra una divisione - netta in linea di principio, ma di fatto più sfumata - fra ordinamenti che regolano lo stato di eccezione nel testo della costituzione o attraverso una legge e ordinamenti che preferiscono non regolare esplicitamente il problema. Al primo

gruppo appartengono la Francia (in cui lo stato di eccezione moderno è nato all'epoca della Rivoluzione) e la Germania; al secondo, l'Italia, la Svizzera, l'Inghilterra e gli Stati Uniti. Anche la dottrina è corrispondentemente divisa fra autori che sostengono l'opportunità di una previsione costituzionale o legislativa dello stato di eccezione e altri (in prima fila fra i quali è Carl Schmitt) che criticano senza riserve la pretesa di regolare per legge ciò che per definizione non può essere normato. Benché, sul piano della costituzione formale, la distinzione sia indubbiamente importante (in quanto presuppone che, nel secondo caso, gli atti compiuti dal governo al di fuori o in contrasto con la legge possano essere teoricamente considerati come illegali e debbano pertanto essere sanati da un apposito *bill of indemnity*), su quello della costituzione materiale qualcosa come uno stato di eccezione esiste in tutti gli ordinamenti menzionati e la storia dell'istituto almeno a partire dalla prima guerra mondiale mostra che il suo sviluppo è indipendente dalla sua formalizzazione costituzionale o legislativa. Così nella Repubblica di Weimar, la cui Costituzione regolava nell'art. 48 i poteri del presidente del Reich nelle situazioni in cui la «sicurezza pubblica e l'ordine» (*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) fossero minacciati, lo stato di eccezione ha svolto una funzione certamente più determinante che in Italia, in cui l'istituto non era esplicitamente previsto, o in Francia, che lo regolava attraverso una legge e che pure fece spesso massicciamente ricorso all'*état de siège* e alla legislazione per decreto.

1.7 Il problema dello stato di eccezione presenta evidenti analogie con quello del diritto di resistenza. Si è molto discusso, particolarmente in sede di assemblee costituenti, dell'opportunità di inserire il diritto di resistenza nel testo della costituzione. Nel progetto dell'attuale Costituzione italiana era stato così inserito un articolo che recitava: «Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è un diritto e un dovere del cittadino». La proposta, che riprendeva un suggerimento di Giuseppe Dossetti, uno degli esponenti più prestigiosi dell'area cattolica, incontrò vive

opposizioni. Nel corso del dibattito, prevalse l'opinione che fosse impossibile regolare giuridicamente qualcosa che, per sua natura, si sottraeva all'ambito del diritto positivo e l'articolo non fu approvato. Ma nella Costituzione della Repubblica federale tedesca figura invece un articolo (l'art. 20) che legalizza senza riserve il diritto di resistenza, affermando che «contro chiunque tenti di abolire quell'ordine [la costituzione democratica], tutti i tedeschi hanno un diritto di resistenza, se altri rimedi non sono possibili».

Le argomentazioni sono qui esattamente simmetriche a quelle che oppongono i fautori della legalizzazione dello stato di eccezione nel testo costituzionale o in una apposita legge a quei giuristi che ritengono del tutto inopportuna la sua regolamentazione normativa. E' certo, in ogni caso, che, se la resistenza diventasse un diritto o addirittura un dovere (la cui omissione potrebbe essere punita), non soltanto la costituzione finirebbe col porsi come un valore assolutamente intangibile e onnicomprensivo, ma anche le scelte politiche dei cittadini finirebbero con l'essere giuridicamente normate. Il fatto è che, sia nel diritto di resistenza sia nello stato di eccezione, in questione, tutto sommato, è il problema del significato giuridico di una sfera d'azione in sé extragiuridica. In contrasto qui sono la tesi che afferma che il diritto deve coincidere con la norma e quella che sostiene invece che l'ambito del diritto eccede la norma. Ma le due posizioni sono in ultima analisi solidali nell'escludere l'esistenza di una sfera dell'azione umana del tutto sottratta al diritto.

✧ *Breve storia dello stato di eccezione* Abbiamo già visto come lo stato di assedio abbia la sua origine in Francia durante la Rivoluzione. Dopo la sua istituzione col decreto dell'Assemblea costituente dell'8 luglio 1791, esso acquista la sua fisionomia propria di *état de siège fictif* o *politique* con la legge direttoriale del 27 agosto 1797 e, infine, col decreto napoleonico del 24 dicembre 1811 (cfr. *supra*, p. 13). L'idea di una sospensione della costituzione (*de l'empire de la constitution*) era stata invece introdotta, come abbiamo anche visto, dalla costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII. L'art. 14 della *Charte* del 1814 attribuiva al sovrano il potere di «fare i regolamenti e le

ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato»; a causa della vaghezza della formula, Chateaubriand osservava *quii est possible qu'un beau matin toute la Charte soit confisqué au profit de l'art. 14*. Lo stato di assedio fu espressamente menzionato nell'*Acte additionnel* alla costituzione del 22 aprile 1815, che ne riservava la dichiarazione a una legge. Da allora, la legislazione sullo stato di assedio scandisce in Francia i momenti di crisi costituzionale nel corso del XIX e del XX secolo. Dopo la caduta della Monarchia di Luglio, il 24 giugno 1848 un decreto dell'Assemblea costituente metteva Parigi in stato di assedio e incaricava il generale Cavaignac di restaurare l'ordine nella città. Nella nuova costituzione del 4 novembre 1848 fu pertanto inserito un articolo che stabiliva che una legge avrebbe fissato le occasioni, le forme e gli effetti dello stato di assedio. A partire da questo momento, il principio dominante (come vedremo, non senza eccezioni) nella tradizione francese (diversamente da quella tedesca, che lo affida al capo dello Stato) è che il potere di sospendere le leggi può appartenere solo allo stesso potere che le produce, cioè al parlamento. La legge del 9 agosto 1849 (parzialmente modificata in senso più restrittivo dalla legge del 4 aprile 1878) stabiliva conseguentemente che lo stato di assedio politico poteva esser dichiarato dal parlamento (o, suppletivamente, dal capo dello Stato) in caso di pericolo imminente per la sicurezza esterna o interna. Napoleone III fece più volte ricorso a questa legge e, una volta insediato al potere, nella costituzione del gennaio 1852, avocò al capo dello Stato il potere esclusivo di proclamare lo stato di assedio. La guerra franco-prussiana e l'insurrezione della Comune coincisero con una generalizzazione senza precedenti dello stato di eccezione, che fu proclamato in quaranta dipartimenti e si protrasse in alcuni fino al 1876. Sulla base di queste esperienze e dopo il fallito colpo di stato da parte di Macmahon nel maggio 1877, la legge del 1849 fu modificata stabilendo che lo stato di assedio poteva essere dichiarato solo con una legge (o, nel caso in cui la camera dei deputati non fosse riunita, dal capo dello Stato, con obbligo di convocare le camere entro due giorni) nell'eventualità di «pericolo imminente per una guerra esterna o una insurrezione armata» (legge del 4 aprile 1878, art. 1).

La prima guerra mondiale coincise nella maggioranza dei paesi belligeranti con uno stato di eccezione permanente. Il 2 agosto 1914, il presidente Poincaré emise un decreto che metteva l'intero paese in stato di assedio e che fu convertito in legge dal parlamento due giorni dopo. Lo stato di assedio rimase in vigore fino al 12 ottobre 1919. Benché l'attività del parlamento, sospesa durante i primi sei mesi della guerra, riprendesse nel gennaio 1915, molte delle leggi votate erano, in verità, pure e semplici deleghe legislative all'esecutivo, come quella del 10 febbraio 1918 che accordava al governo un potere praticamente assoluto di regolare con decreti la produzione e il commercio delle derrate alimentari. Tingsten ha osservato che, in questo modo, il potere esecutivo si trasformava, in senso materiale, in organo legislativo (Tingsten, 1934, p. 18). In ogni caso, è in questo periodo che la legislazione eccezionale per via di decreto governativo (che ci è oggi perfettamente familiare) diventa una pratica corrente nelle democrazie europee.

Com'era prevedibile, l'allargamento dei poteri dell'esecutivo in ambito legislativo proseguì dopo la fine delle ostilità ed è significativo che l'emergenza militare cedesse ora il posto all'emergenza economica, con una implicita assimilazione fra guerra ed economia. Nel gennaio 1924, in un momento di grave crisi che minacciava la stabilità del franco, il governo Poincaré chiese i pieni poteri in materia finanziaria. Dopo un aspro dibattito, in cui l'opposizione fece osservare che questo equivaleva per il parlamento a rinunciare ai propri poteri costituzionali, la legge fu votata il 22 marzo, limitando a quattro mesi i poteri speciali del governo. Misure analoghe furono fatte votare nel 1935 dal governo Laval, che emise più di cinquecento decreti «aventi forza di legge» per evitare la svalutazione del franco. L'opposizione di sinistra, guidata da Léon Blum si oppose con forza a questa pratica «fascista»; ma è significativo che, una volta al potere col Fronte popolare, nel giugno 1937 essa chiese al parlamento i pieni poteri per svalutare il franco, stabilire il controllo dei cambi e imporre nuove tasse. Com'è stato osservato (Rossiter, 1948, p. 123), ciò significava che la nuova pratica di legislazione per via di decreto governativo, inaugurata durante la guerra, era ormai una pratica accettata da tutte le forze politiche. Il 30 giugno

1937, i poteri che erano stati rifiutati a Léon Blum furono accordati al governo Chautemps, in cui alcuni ministeri chiave erano affidati a non socialisti. E il 10 aprile 1938, Edouard Daladier chiese e ottenne dal parlamento poteri eccezionali di legislazione per decreto per fronteggiare tanto la minaccia della Germania nazista quanto la crisi economica, di modo che si può dire che fino alla fine della Terza Repubblica «le normali procedure della democrazia parlamentare erano in stato di sospensione» (*ibid.*, p. 124). E' importante non dimenticare questo contemporaneo processo di trasformazione delle costituzioni democratiche fra le due guerre mondiali, quando si studia la nascita dei cosiddetti regimi dittatoriali in Italia e in Germania. Sotto la pressione del paradigma dello stato di eccezione, è l'intera vita politico-costituzionale delle società occidentali che comincia progressivamente ad assumere una nuova forma, che forse soltanto oggi ha raggiunto il suo pieno sviluppo. Nel dicembre 1939, dopo lo scoppio della guerra, il governo ottenne la facoltà di prendere per via di decreto tutte le misure necessarie per assicurare la difesa della nazione. Il parlamento rimase riunito (tranne quando fu sospeso per un mese per privare i parlamentari comunisti della loro immunità), ma tutta l'attività legislativa era stabilmente nelle mani dell'esecutivo. Quando il maresciallo Pétain assunse il potere, il parlamento francese era ormai l'ombra di se stesso. L'atto costituzionale dell'11 luglio 1940 conferiva comunque al capo dello Stato la facoltà di proclamare lo stato di assedio sull'intero territorio nazionale (ormai in parte occupato dall'esercito tedesco).

Nella costituzione attuale, lo stato di eccezione è regolato dall'art. 16, voluto da De Gaulle, che stabilisce che il presidente della Repubblica prenda le misure necessarie «quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave e immediato e il funzionamento regolare dei pubblici poteri costituzionali è interrotto». Nell'aprile 1961, durante la crisi algerina, De Gaulle fece ricorso all'art. 16, anche se il funzionamento dei poteri pubblici non era stato interrotto. Da allora, l'art. 16 non è più stato evocato, ma, conformemente a una tendenza in atto in tutte le democrazie occidentali, la

dichiarazione dello stato di eccezione viene progressivamente sostituita da una generalizzazione senza precedenti del paradigma della sicurezza come tecnica normale di governo.

La storia dell'art. 48 della Costituzione di Weimar è così stretta-mente intrecciata alla storia della Germania fra le due guerre, che non è possibile comprendere l'ascesa al potere di Hitler senza un'analisi preliminare degli usi e abusi di questo articolo negli anni fra il 1919 e il 1933. Il suo precedente immediato era nell'art. 68 della Costituzione bismarckiana, che, nel caso in cui «la sicurezza pubblica fosse minacciata nel territorio del Reich», attribuiva all'imperatore la facoltà di dichiarare una parte di esso in stato di guerra (*Kriegszustand*) e rimandava, per determinarne le modalità, alla legge prussiana sullo stato di assedio del 4 giugno 1851. Nella situazione di disordine e di sommosse che seguì alla fine della guerra, i deputati dell'Assemblea nazionale che doveva votare la nuova costituzione, assistiti da giuristi fra i quali spicca il nome di Hugo Preuss, inserirono in essa un articolo che conferiva al presidente del Reich poteri eccezionali estremamente ampi. Il testo dell'art. 48 recitava infatti: «Se nel Reich tedesco la sicurezza e l'ordine pubblico sono seriamente [*erheblich*] disturbati o minacciati, il presidente del Reich può prendere le misure necessarie al ristabilimento della sicurezza e dell'ordine pubblico, eventualmente con l'aiuto delle forze armate. A questo scopo egli può sospendere in tutto o in parte i diritti fondamentali [*Grundrechte*] stabiliti negli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153». L'articolo aggiungeva che una legge avrebbe precisato nei particolari le modalità dell'esercizio di questo potere presidenziale. Poiché la legge non fu mai votata, i poteri eccezionali del presidente rimasero a tal punto indeterminati che non solo l'espressione «dittatura presidenziale» fu usata correntemente nella dottrina in riferimento all'art. 48, ma Schmitt poté scrivere nel 1925 che «nessuna costituzione della terra come quella di Weimar aveva così facilmente legalizzato un colpo di stato» (Schmitt, 1995, p. 25).

I governi della Repubblica, a cominciare da quello di Brüning, fecero uso continuativamente - con una relativa pausa fra il 1925 e il 1929 -dell'art. 48, proclamando lo stato di

eccezione ed emanando decreti di urgenza in più di 250 occasioni; essi se ne servirono, tra l'altro, per imprigionare migliaia di militanti comunisti e per istituire tribunali speciali abilitati a pronunciare condanne alla pena capitale. In più occasioni e, in particolare nell'ottobre 1923, il governo fece ricorso all'art. 48 per fronteggiare la caduta del marco, confermando la tendenza moderna a far coincidere emergenza politico-militare e crisi economica.

E' noto come gli ultimi anni della Repubblica di Weimar si siano svolti interamente in regime di stato di eccezione; meno ovvia è la constatazione che Hitler non avrebbe probabilmente potuto prendere il potere, se il paese non si fosse trovato da quasi tre anni in regime di dittatura presidenziale e il parlamento fosse stato in funzione. Nel luglio 1930, il governo Brüning fu messo in minoranza. Invece di rassegnare le dimissioni, Brüning ottenne dal presidente Hindenburg il ricorso all'art. 48 e lo scioglimento del *Reichstag*. Da quel momento, la Germania cessò di fatto di essere una repubblica parlamentare. Il parlamento si riunì soltanto sette volte per non più di dodici settimane in tutto, mentre una coalizione fluttuante di socialdemocratici e centristi stava a guardare un governo che dipendeva ormai soltanto dal presidente del Reich. Nel 1932 Hindenburg, rieletto presidente contro Hitler e Thälmann, costrinse Brüning alle dimissioni e nominò al suo posto il centrista von Papen. Il 4 giugno il *Reichstag* fu sciolto e non fu più convocato fino all'avvento del nazismo. Il 20 luglio, lo stato di eccezione fu proclamato nel territorio prussiano e von Papen nominato commissario del Reich per la Prussia, estromettendo il governo socialdemocratico di Otto Braun.

Lo stato di eccezione in cui la Germania venne a trovarsi sotto la presidenza di Hindenburg fu giustificato da Schmitt sul piano costituzionale attraverso l'idea che il presidente agiva come «custode della costituzione» (Schmitt, 1931); ma la fine della Repubblica di Weimar mostra, al contrario, con chiarezza che una «democrazia protetta» non è una democrazia e che il paradigma della dittatura costituzionale funziona piuttosto come una fase di transizione che conduce fatalmente all'instaurazione di un regime totalitario.

Dati questi precedenti, è comprensibile che la costituzione della Repubblica federale non menzionasse lo stato di

eccezione; tuttavia il 24 giugno 1968 la «grande coalizione» fra democratici cristiani e socialdemocratici votò una legge di integrazione della costituzione (*Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes*) che reintroduceva lo stato di eccezione (definito «stato di necessità interna», *innere Notstand*). Con inconsapevole ironia, per la prima volta nella storia dell'istituto la proclamazione dello stato di eccezione era, però, prevista non semplicemente per la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico, ma per la difesa della «costituzione democratico-liberale». La democrazia protetta era ormai divenuta la regola.

Il 3 agosto 1914 l'Assemblea federale svizzera conferì al Consiglio federale «il potere illimitato di prendere tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza, l'integrità e la neutralità della Svizzera». Questo atto inconsueto, in virtù del quale uno Stato non belligerante attribuiva all'esecutivo poteri ancora più vasti e indeterminati di quelli che avevano ricevuti i governi dei paesi direttamente coinvolti nella guerra, è interessante per le discussioni cui diede luogo, tanto nella stessa assemblea che in occasione delle obiezioni di incostituzionalità fatte valere dai cittadini davanti alla Corte federale svizzera. La tenacia con cui i giuristi svizzeri, con quasi trent'anni di anticipo rispetto ai teorici della dittatura costituzionale, hanno cercato in quest'occasione di dedurre (come Waldkirch e Burckhardt) la legittimità dello stato di eccezione dal testo stesso della costituzione (l'art. 2, in cui si leggeva che «la Confederazione ha lo scopo di assicurare l'indipendenza della patria contro lo straniero e di mantenere l'ordine e la tranquillità all'interno») o (come Hoerni e Fleiner) di fondarlo su un diritto di necessità «inerente all'esistenza stessa dello Stato» o (come His) su una lacuna nel diritto che le disposizioni eccezionali devono colmare, mostra che la teoria dello stato di eccezione non è in alcun modo patrimonio esclusivo della tradizione antidemocratica.

La storia e la situazione giuridica dello stato di eccezione in Italia presenta un particolare interesse sotto il profilo della legislazione per mezzo di decreti governativi di urgenza (i cosiddetti «decreti-legge»). Si può dire, infatti, che sotto questo

profilo l'Italia abbia funzionato come un vero e proprio laboratorio politico-giuridico, nel quale si è andato organizzando il processo - presente, in misura diversa, anche in altri Stati europei - attraverso il quale il decreto-legge «da strumento derogatorio ed eccezionale di produzione normativa è diventato una ordinaria fonte di produzione del diritto» (Fresa, 1981, p. 156). Ma ciò significa, anche, che proprio uno Stato i cui governi erano spesso instabili ha elaborato uno dei paradigmi essenziali attraverso cui la democrazia si trasforma da parlamentare in governamentale. In ogni caso, è in questo contesto che la pertinenza della decretazione d'urgenza all'ambito problematico dello stato di eccezione appare con chiarezza. Lo Statuto albertino (come, del resto, la vigente Costituzione repubblicana) non menzionava lo stato di eccezione. I governi del regno ricorsero tuttavia numerose volte alla proclamazione dello stato di assedio: a Palermo e nelle province siciliane nel 1862 e nel 1866, a Napoli nel 1862, in Sicilia e nella Lunigiana nel 1894 e, nel 1898, a Napoli e a Milano, dove la repressione dei disordini fu particolarmente sanguinosa e diede luogo ad aspri dibattiti in parlamento. La dichiarazione dello stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria il 28 dicembre 1908 è solo apparentemente un caso a parte. Non soltanto le ragioni ultime della proclamazione erano, in realtà, di ordine pubblico (si trattava di reprimere i saccheggi e gli atti di sciacallaggio provocati dalla catastrofe); ma anche da un punto di vista teorico è significativo che essi fornirono l'occasione che permise a Santi Romano e ad altri giuristi italiani di elaborare la tesi, su cui dovremo in seguito soffermarci, della necessità come fonte primaria di diritto.

In tutti questi casi, la proclamazione dello stato di assedio avvenne per mezzo di un decreto reale che, pur non contenendo alcuna clausola di ratifica parlamentare, fu sempre approvato dal parlamento come gli altri decreti di urgenza non concernenti lo stato di assedio (nel 1923 e nel 1924 furono così convertiti in legge in blocco alcune migliaia di decreti-legge emanati negli anni precedenti e rimasti inevasi). Nel 1926 il regime fascista fece emanare una legge che regolava espressamente la materia dei decreti-legge. L'art. 3 stabiliva che potevano essere emanati con decreto reale, previa

deliberazione del consiglio dei ministri, «norme aventi forza di legge 1) quando il governo sia a ciò delegato da una legge entro i limiti della delegazione 2) nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente e assoluta necessità lo richiedano. Il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico del parlamento». I decreti previsti nel secondo comma dovevano contenere la clausola di presentazione al parlamento per la conversione in legge; ma la perdita di ogni autonomia delle camere durante il regime fascista rese la clausola superflua.

Malgrado l'abuso della decretazione d'urgenza da parte dei governi fascisti fosse tale che lo stesso regime sentì la necessità di limitarne nel 1939 la portata, la costituzione repubblicana stabilì con singolare continuità nell'art. 77 che «in casi straordinari di necessità e di urgenza» il governo poteva adottare «provvedimenti provvisori con forza di legge», che dovevano essere presentati il giorno stesso alle camere e che perdevano efficacia se non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione.

E' noto che la prassi della legislazione governamentale attraverso decreti-legge è da allora diventata in Italia la regola. Non soltanto si è ricorso alla decretazione di urgenza nei momenti di crisi politica, eludendo così il principio costituzionale secondo cui i diritti dei cittadini possono essere limitati solo per legge (cfr., per la repressione del terrorismo, il decreto-legge 28 marzo 1978, n. 59, convertito nella legge 21 maggio 1978, n. 191 - la cosiddetta legge Moro -, e il decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella legge 6 febbraio 1980, n. 15); ma i decreti-legge costituiscono a tal punto la forma normale di legislazione che essi hanno potuto essere definiti come «disegni di legge rafforzati a urgenza garantita» (Fresa, 1981, p. 152). Ciò significa che il principio democratico della divisione dei poteri è oggi venuto meno e che il potere esecutivo ha di fatto assorbito, almeno in parte, il potere legislativo. Il parlamento non è più l'organo sovrano cui spetta il potere esclusivo di obbligare i cittadini attraverso la legge: esso si limita a ratificare i decreti emanati dal potere esecutivo. In senso tecnico, la Repubblica non è più parlamentare, ma governamentale. Ed è significativo che una simile trasformazione dell'assetto costituzionale oggi in corso

in misura diversa in tutte le democrazie occidentali, benché sia perfettamente nota ai giuristi e ai politici, rimanga del tutto inosservata da parte dei cittadini. Proprio nel momento in cui vorrebbe dar lezioni di democrazia a culture e tradizioni diverse, la cultura politica dell'Occidente non si rende conto di averne del tutto smarrito il canone.

Il solo dispositivo giuridico che, in Inghilterra, potesse essere paragonato all'*état de siège* francese va sotto il nome di *martial law*, ma si tratta di un concetto così vago che lo si è potuto definire a ragione come «un termine infelice per la giustificazione attraverso il *common law* degli atti compiuti per necessità allo scopo di difendere il *commonwealth* quando vi sia una guerra» (Rossiter, 1948, p. 142). Ma questo non significa che qualcosa come uno stato di eccezione non potesse esistere. La facoltà della corona di dichiarare il *martial law* era in generale limitata nei *Mutiny Acts* al tempo di guerra; essa tuttavia implicava necessariamente conseguenze anche gravi per i civili estranei che si fossero trovati fattualmente coinvolti nella repressione armata. Così Schmitt ha cercato di distinguere il *martial law* dai Tribunali militari e dai procedimenti sommari che in un primo tempo venivano applicati solo ai soldati per concepirla come un procedimento puramente fattuale e avvicinarla allo stato di eccezione: «Malgrado il nome che porta, il diritto di guerra non è in realtà un diritto o una legge, ma piuttosto un procedimento guidato essenzialmente dalla necessità di conseguire un determinato scopo» (Schmitt, 1921, p. 183).

Anche nel caso dell'Inghilterra, la prima guerra mondiale ha svolto un ruolo decisivo nella generalizzazione dei dispositivi governamentali di eccezione. Subito dopo la dichiarazione della guerra, il governo chiese infatti al parlamento l'approvazione di una serie di provvedimenti di emergenza, che erano stati preparati dai ministri competenti e che furono votati praticamente senza discussione. Il più importante di questi atti è il *Defence of Realm Act* del 4 agosto 1914, noto come DORA, che non soltanto conferiva al governo poteri assai vasti per regolare l'economia di guerra, ma prevedeva anche gravi limitazioni dei diritti fondamentali dei cittadini (in particolare, la competenza dei tribunali militari a

giudicare i civili). Come in Francia, l'attività del parlamento conobbe un'eclisse significativa per tutta la durata della guerra. Che si trattasse, tuttavia, anche per l'Inghilterra di un processo che andava al di là dell'emergenza bellica è provato dall'approvazione - il 29 ottobre 1920, in una situazione di scioperi e di tensioni sociali - dello *Emergency Powers Act*. L'art. 1 afferma infatti: «Ogni volta che sembri a Sua Maestà che sia stata intrapresa, o sia in procinto di esserlo, un'azione da parte di persone o gruppi di tale natura e su scala così ampia, che si possa presumere che, interferendo con il rifornimento e la distribuzione di cibo, acqua, carburante o luce ovvero con i mezzi di trasporto, privi la comunità o una sua parte di quanto è necessario alla vita, Sua Maestà può con una proclamazione (da ora in poi menzionata come proclamazione di emergenza) dichiarare che esiste uno stato di emergenza». L'art. 2 della legge attribuiva a *His Majesty in Council* il potere di emanare regolamenti e di conferire all'esecutivo «ogni potere necessario per il mantenimento dell'ordine», introducendo tribunali speciali (*courts of summary jurisdiction*) per i trasgressori. Anche se le pene inflitte da questi tribunali non potevano eccedere i tre mesi di carcere («con o senza lavori forzati»), il principio dello stato di eccezione era stato saldamente introdotto nel diritto inglese.

Il luogo - insieme logico e prammatico - di una teoria dello stato di eccezione nella costituzione americana è nella dialettica fra i poteri del presidente e quelli del Congresso. Questa dialettica si è determinata storicamente - e in modo esemplare già a partire dalla guerra civile - come conflitto sull'autorità suprema in una situazione di emergenza; in termini schmittiani (e questo è certamente significativo, in un paese che è considerato come la culla della democrazia), come conflitto sulla decisione sovrana.

La base testuale del conflitto è, innanzi tutto, nell'art. I della Costituzione, che stabilisce che «il privilegio del *writ* di *habeas corpus* non sarà sospeso, tranne che, in caso di ribellione o di invasione, la salute pubblica [*public safety*] lo richieda», ma non precisa quale sia l'autorità competente a decidere la sospensione (anche se l'opinione prevalente e il contesto stesso del passo lasciano presumere che la clausola sia diretta al

Congresso e non al presidente). Il secondo punto conflittuale è nella relazione fra un altro passo dello stesso art. 1 (che sancisce che al Congresso spetta il potere di dichiarare la guerra e di arruolare e mantenere l'esercito e la flotta) e l'art. 2, che afferma che «il presidente sarà comandante in capo [*commander in chief*] dell'esercito e della flotta degli Stati Uniti».

Entrambi questi problemi entrano nella loro soglia critica con la guerra civile (1861-65). Il 15 aprile 1861, contraddicendo il dettato dell'art. 1, Lincoln decretò l'arruolamento di un esercito di 75 000 uomini e convocò il Congresso in seduta speciale per il 4 luglio. Nelle dieci settimane che intercorsero fra il 15 aprile e il 4 luglio, Lincoln agì di fatto come un dittatore assoluto (nel suo libro su *La dittatura*, Schmitt può pertanto menzionarlo come esempio perfetto di dittatura commissaria: cfr. 1921, p. 136). Il 27 aprile, con una decisione tecnicamente ancora più significativa, egli autorizzò il capo di stato maggiore dell'esercito a sospendere il *writ* di *habeas corpus* ogni volta che lo ritenesse necessario lungo le vie di comunicazione fra Washington e Philadelphia, dove si erano verificati disordini. La decisione presidenziale autonoma di misure straordinarie continuò del resto anche dopo la convocazione del Congresso (così il 14 febbraio 1862 Lincoln impose una censura sulla posta e autorizzò l'arresto e la detenzione in carceri militari delle persone sospette di «disloyal and treasonable practices»).

Nel discorso rivolto al Congresso finalmente riunito il 4 luglio, il presidente giustificò apertamente il suo operato come detentore di un potere supremo di violare la costituzione in una situazione di necessità. Le misure che aveva adottato - egli dichiarò - «fossero o no legali in senso stretto», erano state decise «sotto la pressione di una richiesta popolare e di uno stato di pubblica necessità» nella certezza che il Congresso le avrebbe ratificate. Alla loro base stava la convinzione che anche la legge fondamentale poteva essere violata, se fosse in gioco l'esistenza stessa dell'unione e dell'ordine giuridico («forse che tutte le leggi tranne una dovrebbero essere trasgredite, e il governo stesso dovrebbe cadere in rovina pur di non violare quella legge?») (Rossiter, 1948, p. 229).

È scontato che, in una situazione di guerra, il conflitto fra il

presidente e il Congresso è essenzialmente teorico: di fatto il Congresso, benché fosse perfettamente consapevole che le competenze costituzionali erano state trasgredite, non poteva che ratificare - come fece il 6 agosto 1861 - l'operato del presidente. Forte di questa approvazione, il 22 settembre 1862 il presidente proclamò sulla sua sola autorità l'emancipazione degli schiavi e, due giorni dopo, generalizzò lo stato di eccezione in tutto il territorio degli Stati Uniti, autorizzando l'arresto e il processo davanti a corti marziali di «ogni ribelle e insorto, dei loro complici e sostenitori in tutto il paese e di qualsiasi persona che scoraggiasse l'arruolamento volontario, resistesse alla leva o si rendesse colpevole di pratiche sleali che potessero arrecare aiuto agli insorti». Il presidente degli Stati Uniti era ormai il detentore della decisione sovrana sullo stato di eccezione.

Secondo gli storici americani, il presidente Woodrow Wilson concentrò nella sua persona durante la prima guerra mondiale poteri anche più ampi di quelli che si era arrogato Abraham Lincoln. Occorre tuttavia precisare che, invece di ignorare, come Lincoln, il Congresso, egli preferì farsi delegare di volta in volta da esso i poteri in questione. In questo senso, la sua prassi di governo è più vicina a quella che doveva prevalere negli stessi anni in Europa o a quella attuale che, alla dichiarazione di uno stato di eccezione, preferisce l'emanazione di leggi eccezionali. In ogni caso, dal 1917 al 1918, il Congresso approvò una serie di *Acts* (dallo *Espionage Act* del giugno 1917 all' *Overman Act* del maggio 1918) che attribuivano al presidente il completo controllo dell'amministrazione del paese e proibivano non solo le attività sleali (come la collaborazione col nemico e la diffusione di notizie false), ma vietavano persino di «proferire volontariamente, stampare o pubblicare qualsiasi discorso sleale, empio, scurrile o ingannevole».

Dal momento che il potere sovrano del presidente si fondava essenzialmente sull'emergenza legata a uno stato di guerra, la metafora bellica divenne nel corso del xx secolo parte integrante del vocabolario politico presidenziale ogni volta che si trattava di imporre decisioni ritenute di vitale importanza. Franklin D. Roosevelt riuscì così ad assumere nel 1933 poteri straordinari per affrontare la grande depressione,

presentando la sua azione come quella di un comandante durante una campagna militare: «Assumo senza esitazioni la guida del grande esercito del nostro popolo per condurre un attacco disciplinato ai nostri comuni problemi [...]. Sono pronto a raccomandare secondo i miei doveri costituzionali tutte le misure richieste da una nazione colpita in un mondo colpito [...]. Nel caso che il Congresso fallisca nell'adottare le misure necessarie e se l'emergenza nazionale dovesse continuare, non mi sottrarrò alla chiara esigenza dei doveri che mi stanno di fronte. Chiederò al Congresso il solo strumento che rimane per fronteggiare la crisi: ampi poteri esecutivi per ingaggiare una guerra contro l'emergenza [*to wage war against the emergency*], altrettanto ampi dei poteri che mi sarebbero attribuiti se fossimo invasi da un nemico esterno» (Roosevelt, 1938, p. 16).

E bene non dimenticare che - secondo il già notato parallelismo fra emergenza militare ed emergenza economica che caratterizza la politica del xx secolo - il New Deal fu realizzato dal punto di vista costituzionale attraverso la delega (contenuta in una serie di *Statutes* culminanti nel *National Recovery Act* del 16 giugno 1933) al presidente di un potere illimitato di regolamentazione e di controllo su ogni aspetto della vita economica del paese.

Lo scoppio della seconda guerra mondiale estese questi poteri con la proclamazione di un'emergenza nazionale «limitata» l'8 settembre 1939, che divenne illimitata il 27 maggio 1941 dopo Pearl Harbour.

Il 7 settembre 1941, chiedendo al Congresso l'abrogazione di una legge in materia economica, il presidente rinnovò la sua pretesa di poteri sovrani di fronte all'emergenza: «Nel caso che il Congresso non agisca, o non agisca adeguatamente, assumerò io stesso la responsabilità dell'azione [...]. Il popolo americano può essere certo che non esiterò a usare ogni potere di cui sono investito per sconfiggere i nostri nemici in ogni parte del mondo in cui la nostra sicurezza lo richiederà» (Rossiter, 1948, p. 269). La più spettacolare violazione dei diritti civili (e tanto più grave perché motivata unicamente da motivi razziali) si verificò il 19 febbraio 1942 con la deportazione di 70 000 cittadini americani di origine giapponese che risiedevano nella costa occidentale (insieme a

40 000 cittadini giapponesi che là vivevano e lavoravano).

É nella prospettiva di questa rivendicazione dei poteri sovrani del presidente in una situazione di emergenza che occorre considerare la decisione del presidente Bush di riferirsi costantemente a se stesso dopo l'11 settembre 2001 come al *Commander in chief of the army*. Se, come abbiamo visto, l'assunzione di questo titolo implica un riferimento immediato allo stato di eccezione, Bush sta cercando di produrre una situazione in cui l'emergenza diventa la regola e in cui la stessa distinzione fra la pace e la guerra (e fra guerra esterna e guerra civile mondiale) risulta impossibile.

1.8 Alla diversità delle tradizioni giuridiche corrisponde nella dottrina la divisione fra coloro che cercano di includere lo stato di eccezione nell'ambito dell'ordinamento giuridico e coloro che lo considerano esterno a questo, cioè come un fenomeno essenzialmente politico o, comunque, extragiuridico. Fra i primi, alcuni, come Santi Romano, Hauriou, Mortati, concepiscono lo stato di eccezione come parte integrante del diritto positivo, perché la necessità che lo fonda agisce come fonte autonoma di diritto; altri, come Hoerni, Ranelletti, Rossiter, lo intendono come un diritto soggettivo (naturale o costituzionale) dello Stato alla propria conservazione. I secondi, fra i quali Biscaretti, Ballardore-Pallieri, Carré de Malberg, considerano invece lo stato di eccezione e la necessità che lo fonda come elementi di fatto sostanzialmente extragiuridici, anche se possono, eventualmente, avere conseguenze nell'ambito del diritto. Julius Hatschek ha riassunto le diverse posizioni nella contrapposizione fra una *objektive Notstandstheorie*, secondo la quale ogni atto compiuto in stato di necessità al di fuori o in contrasto con la legge è contrario al diritto e, come tale, giuridicamente imputabile, e una *subjektive Notstandstheorie*, secondo cui il potere eccezionale si fonda « su un diritto costituzionale o precostituzionale (naturale)» dello Stato (Hatschek, 1923, pp. 158 sg.), rispetto al quale la buona fede è sufficiente a garantire l'immunità.

La semplice opposizione topografica (dentro/fuori) implicita in queste teorie sembra insufficiente a dar ragione del

fenomeno che dovrebbe spiegare. Se il proprio dello stato di eccezione è una sospensione (totale o parziale) dell'ordinamento giuridico, come può tale sospensione essere ancora compresa nell'ordine legale? Come può un'anomia essere iscritta nell'ordine giuridico? E se lo stato di eccezione è, invece, soltanto una situazione di fatto, come tale estranea o contraria alla legge, com'è possibile che l'ordinamento contenga una lacuna proprio per quanto concerne la situazione decisiva? E qual è il senso di questa lacuna?

In verità, lo stato di eccezione non è né esterno né interno all'ordinamento giuridico e il problema della sua definizione concerne appunto una soglia, o una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano. La sospensione della norma non significa la sua abolizione e la zona di anomia che essa instaura non è (o, almeno, pretende di non essere) senza relazione con l'ordine giuridico. Di qui l'interesse di quelle teorie che, come quella di Schmitt, complicano l'opposizione topografica in una più complessa relazione topologica, in cui è in questione il limite stesso dell'ordinamento giuridico. In ogni caso, la comprensione del problema dello stato di eccezione presuppone una corretta determinazione della sua localizzazione (o illocalizzazione). Come vedremo, il conflitto sullo stato di eccezione si presenta essenzialmente come una disputa sul *locus* che gli compete.

1.9 Un'opinione ricorrente pone a fondamento dello stato di eccezione il concetto di necessità. Secondo un adagio latino tenacemente ripetuto - una storia della funzione strategica degli *adagia* nella letteratura giuridica resta ancora da scrivere -, *necessitas legem non habet*, la necessità non ha legge, che viene inteso nei due sensi opposti: «la necessità non riconosce alcuna legge» e «la necessità crea la sua propria legge» (*nécessité fait loi*). In entrambi i casi, la teoria dello stato di eccezione si risolve integralmente in quella dello *status necessitatis*, in modo che il giudizio sulla sussistenza di questo esaurisce il problema della legittimità di quello. Una trattazione della struttura e del significato dello stato di eccezione presuppone dunque un'analisi del concetto giuridico di necessità.

Il principio secondo cui *necessitas legem non habet* ha trovato la sua formulazione nel *Decretum* di Graziano. Esso vi compare due volte: una prima volta nella glossa e una seconda nel testo. La glossa (che si riferisce a un passo in cui Graziano si limita genericamente ad affermare che «molte cose per necessità o per qualsiasi altra causa sono compiute contro la regola», *pars I, dist. 48*) sembra attribuire alla necessità il potere di rendere lecito l'illecito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item nécessitas legem non habet*). Ma in che senso ciò vada inteso, si comprende meglio dal testo successivo di Graziano (*pars III, dist. i, cap. 11*), che si riferisce alla celebrazione della messa. Dopo aver precisato che il sacrificio dev'essere offerto sull'altare o su un luogo consacrato, Graziano aggiunge: «E' preferibile non cantare né ascoltare la messa, che celebrarla nei luoghi in cui non si deve celebrarla; a meno che ciò non avvenga per una suprema necessità, perché la necessità non ha legge » (*nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*). Più che rendere lecito l'illecito, la necessità agisce qui come giustificazione di una trasgressione in un singolo caso specifico attraverso un'eccezione.

Ciò è evidente nel modo in cui Tommaso svolge e commenta questo principio nella *Summa theologica*, proprio in relazione al potere del principe di dispensare dalla legge (*Prima secundae, q. 96, art. 6: utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*): «Se l'osservanza della legge secondo le parole non implica un pericolo immediato, a cui bisogna subito porre rimedio, non è nel potere di un uomo qualsiasi interpretare che cosa sia utile o nocivo alla città; ciò è competenza esclusiva del principe, che in un caso del genere ha l'autorità di dispensare dalla legge. Se vi è, però, un pericolo improvviso, rispetto al quale non vi sia il tempo di ricorrere a un superiore, la stessa necessità porta con sé una dispensa, poiché la necessità non soggiace alla legge [*ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*]».

La teoria della necessità è qui nient'altro che una teoria dell'eccezione (*dispensatici*), in virtù della quale un singolo caso è sottratto all'obbligo dell'osservanza. La necessità non è fonte

di legge e nemmeno propriamente sospende la legge; essa si limita a sottrarre un singolo caso all'applicazione letterale della norma: «Colui che nel caso di necessità agisce al di là del testo della legge, non giudica della legge, ma del caso singolo, in cui vede che le parole della legge non devono essere osservate [*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*]». Il fondamento ultimo dell'eccezione non è qui la necessità, ma il principio secondo cui «ogni legge è ordinata alla salvezza comune degli uomini, e solo per questo ha forza e ragione di legge [*vim et rationem legis*]; se viene meno a ciò, non ha efficacia obbligatoria [*virtutem obligandi non habet*]». Nel caso di necessità, la *vis obligandi* della legge viene meno, perché il fine della *salus hominum* viene nella fattispecie a mancare. E' evidente che non si tratta qui di uno *status*, di una situazione dell'ordine giuridico come tale (lo stato di eccezione o di necessità), ma ogni volta di un caso singolo, in cui *vis* e *ratio* della legge non trovano applicazione.

✠ Un caso di disapplicazione della legge *ex dispensatione misericordiae* si trova in Graziano in un passo singolare, in cui il canonista afferma che la Chiesa può omettere di sanzionare una trasgressione nel caso in cui il fatto trasgressivo sia già avvenuto (*pro eventu rei*: ad esempio nel caso in cui una persona che non poteva accedere all'episcopato sia già stata di fatto consacrata vescovo). Qui paradossalmente la legge non si applica proprio perché l'atto trasgressivo è effettivamente già stato compiuto e la sua sanzione implicherebbe però conseguenze negative per la Chiesa. Analizzando questo testo, Anton Schütz ha osservato a ragione che «en conditionnant la validité par la facticité, en cherchant le contact avec un réel extrajuridique, il [Gratien] empêche le droit de ne se référer qu'au droit, et prévient ainsi la clôture du système juridique» (Schütz, 1995, p. 120).

L'eccezione medievale rappresenta in questo senso un'apertura del sistema giuridico a un fatto esterno, una sorta di *fictio legis* per cui, nella fattispecie, si fa come se l'elezione del vescovo fosse stata legittima. Lo stato di eccezione moderno è, invece, un tentativo di includere nell'ordine

giuridico la stessa eccezione, creando una zona di indistinzione in cui fatto e diritto coincidono.

✱ Una implicita critica dello stato di eccezione si trova nel *De monarchia* di Dante. Cercando di provare che Roma ottenne il dominio sul mondo non attraverso la violenza, ma *iure*, Dante afferma infatti che è impossibile ottenere il fine del diritto (cioè, il bene comune) senza il diritto e che, pertanto, «chiunque si propone di raggiungere il fine del diritto, deve procedere con il diritto [*quicumque finem iuris intentiti cum iure graditur*]» (II, 5, 22). L'idea che una sospensione del diritto possa essere necessaria al bene comune è estranea al mondo medievale.

1.10 E' soltanto con i moderni che lo stato di necessità tende a essere incluso nell'ordine giuridico e a presentarsi come un vero e proprio «stato» della legge. Il principio secondo cui la necessità definisce una situazione singolare in cui la legge perde la sua *vis obligandi* (questo è il senso dell'adagio *necessitas legem non habet*) si rovescia in quello secondo cui la necessità costituisce, per così dire, il fondamento ultimo e la sorgente stessa della legge. Ciò è vero non soltanto per quegli autori che si proponevano di giustificare in questo modo gli interessi nazionali di uno Stato contro un altro (come nella formula *Not kennt kein Gebot* usata dal cancelliere prussiano Bethmann-Hollweg e ripresa nel libro omonimo di Josef Kohler [1915]), ma anche per quei giuristi, da Jellinek a Duguit, che vedono nella necessità il fondamento della validità dei decreti con forza di legge emanati dall'esecutivo nello stato d'eccezione.

E' interessante analizzare in questa prospettiva la posizione estrema di Santi Romano, un giurista che ha esercitato una notevole influenza sul pensiero giuridico europeo fra le due guerre e che concepisce la necessità non soltanto come non estranea all'ordinamento giuridico, ma come fonte prima e originaria della legge. Romano comincia col distinguere fra coloro i quali vedono nella necessità un fatto giuridico o, addirittura, un diritto soggettivo dello Stato che, come tale, si

fonda in ultima analisi nella legislazione vigente e nei principi generali del diritto, e coloro i quali pensano che essa sia un mero fatto e che, pertanto, i poteri eccezionali che su di essa si fondano non abbiano alcuna base nel sistema legislativo. Entrambe le posizioni, che coincidono nell'identificare il diritto con la legge, sono, secondo Romano, errate, in quanto disconoscono l'esistenza di una vera e propria fonte di diritto al di là della legislazione. «La necessità di cui qui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto [...]. La necessità si può dire che sia la fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate [...]. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali» (Romano, 1909; ed. 1990, p. 362).

Lo stato di eccezione, in quanto figura della necessità, si presenta quindi - accanto alla rivoluzione e all'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale - come un provvedimento «illegale», ma perfettamente «giuridico e costituzionale», che si concreta nella produzione di nuove norme (o di un nuovo ordine giuridico): «La formula [...] secondo la quale lo stato d'assedio sarebbe, nel diritto italiano, un provvedimento contrario alla legge, diciamo pure illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto, e perciò giuridico e costituzionale, sembra che sia la formula più esatta e conveniente. Che la necessità possa vincere la legge deriva dalla sua stessa natura, e dal suo carattere originario, così dal punto di vista logico che da quello storico. Certamente la legge è ormai divenuta la più culminante e generale manifestazione della norma giuridica, ma si esagera

quando il suo dominio si vuole estendere al di là del campo che le è proprio. Ci sono norme che non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica l'evenienza cui debbono servire» (*ibid.*, p. 364).

Il gesto di Antigone, che opponeva al diritto scritto gli *agrapta nomina*, viene qui rovesciato e fatto valere a difesa dell'ordine costituito. Ma nel 1944, quando nel suo paese era ormai in corso una guerra civile, il vecchio giurista (che si era già occupato dell'instaurazione di fatto di ordinamenti costituzionali) torna a porsi il problema della necessità, questa volta in relazione alla rivoluzione. Se la rivoluzione è certamente uno stato di fatto, che «non può essere regolato nel suo procedimento da quei poteri statali che essa tende a sovvertire e a distruggere» ed è, in questo senso, per definizione «antigiuridico, anche quando è giusto» (Romano, 1983, p. 222), essa può però apparire tale solo «in riguardo al diritto positivo dello Stato contro il quale si volge, ma ciò non toglie che, dal punto di vista ben diverso dal quale essa si qualifica da sé, è movimento ordinato e regolato dal suo proprio diritto. Il che vuol anche dire che è un ordinamento che deve classificarsi nella categoria degli ordinamenti giuridici originari, nel senso ormai ben noto che si attribuisce a questa espressione. In tal senso e limitatamente alla sfera cui si è accennato, si può quindi parlare di un diritto della rivoluzione. Un esame degli svolgimenti che hanno avuto le rivoluzioni più importanti, comprese quelle recenti e recentissime, sarebbe di grande interesse per la dimostrazione della tesi che abbiamo prospettata e che a prima vista potrebbe sembrare paradossale: la rivoluzione è violenza, ma violenza giuridicamente organizzata» (*ibid.*, p. 224).

Lo *status necessitatis* si presenta così, tanto nella forma dello stato di eccezione che in quella della rivoluzione, come una zona ambigua e incerta, in cui procedimenti di fatto, in sé extra o antigiuridici, trapassano in diritto e le norme giuridiche s'indeterminano in mero fatto; una soglia, cioè, in cui fatto e diritto sembrano diventare indecidibili. Se è stato detto efficacemente che, nello stato di eccezione, il fatto si converte in diritto («l'urgenza è uno stato di fatto, ma qui calza il brocardo: *e facto oritur ius*» [Arangio-Ruiz, 1913; ed. 1972, p.

582]), è anche vero il contrario, e cioè che agisce in esso un movimento inverso, per cui il diritto è sospeso e obliterato in fatto. L'essenziale è, in ogni caso, la produzione di una soglia di indecidibilità in cui *factum* e *ius* sfumano l'uno nell'altro.

Di qui le aporie di cui ogni tentativo di definire la necessità non riesce a venire a capo. Se il provvedimento di necessità è già norma giuridica e non semplice fatto, perché dev'essere ratificato e approvato attraverso una legge, come Santi Romano (e la maggioranza degli autori con lui) ritiene indispensabile? Se era già diritto, perché diventa caduco se non è approvato dagli organi legislativi? E se invece non era tale, ma semplice fatto, come mai gli effetti giuridici della ratificazione decorrono non dal momento della conversione in legge, ma *ex tunc* (Duguit fa notare a ragione che la retroattività è una finzione e che la ratificazione può produrre i suoi effetti solo dal momento in cui avviene [Duguit, 1930, p. 754])?

Ma l'aporia estrema, contro la quale naufraga in ultima istanza tutta la teoria dello stato di necessità, concerne la natura stessa della necessità, che gli autori continuano più o meno inconsapevolmente a pensare come una situazione oggettiva. Contro questa ingenua concezione, che presuppone una pura fattualità che essa stessa ha revocato in questione, hanno buon agio le critiche di quei giuristi che mostrano come la necessità, lungi dal presentarsi come un dato obiettivo, implica con ogni evidenza un giudizio soggettivo e che necessarie ed eccezionali sono ovviamente soltanto quelle circostanze che sono dichiarate tali. «Il concetto di necessità è un concetto tutto subiettivo, relativo allo scopo che si vuole raggiungere. Potrà dirsi che la necessità detta l'emanazione di una data norma, perché altrimenti minaccia rovina l'ordine giuridico esistente; ma bisogna essere concordi sul punto che l'ordine esistente va conservato. Potrà da un moto rivoluzionario proclamarsi la necessità di una norma nuova che annulli istituti vigenti contrari alle nuove esigenze; ma bisogna essere d'accordo nel ritenere che l'ordine esistente va sconvolto in omaggio a nuove esigenze. Nell'un caso e nell'altro [...] il ricorso alla necessità implica una valutazione morale o politica (o, comunque, extragiuridica) per la quale si giudica l'ordine giuridico e lo si ritiene degno di conservazione

o di potenziamento anche a prezzo di una sua eventuale violazione. Il principio della necessità è, pertanto, sempre, in ogni caso, un principio rivoluzionario» (Balladore-Palieri, 1970, p. 168).

Il tentativo di risolvere lo stato di eccezione nello stato di necessità va così incontro ad altrettante e più gravi aporie del fenomeno che avrebbe dovuto spiegare. Non soltanto la necessità si riduce in ultima istanza a una decisione, ma ciò su cui essa decide è, in verità, un indecidibile di fatto e diritto.

✧ Con ogni probabilità, Schmitt, che si riferisce più volte a Santi Romano nei propri scritti, conosceva il suo tentativo di fondare lo stato di eccezione nella necessità come fonte originaria del diritto. La sua teoria della sovranità come decisione sull'eccezione accorda al *Notstand* un rango propriamente fondamentale, senz'altro paragonabile a quello che gli riconosceva Romano, che ne faceva la figura originaria dell'ordine giuridico. Egli condivide inoltre con Romano l'idea che il diritto non si esaurisce nella legge (non è un caso che egli citi Romano proprio nel contesto della sua critica al *Rechtsstaat* liberale); ma mentre il giurista italiano identifica senza residui Stato e diritto e nega quindi ogni rilevanza giuridica al concetto di potere costituente, Schmitt vede nello stato di eccezione precisamente il momento in cui Stato e diritto mostrano la loro irriducibile differenza (nello stato di eccezione «lo Stato continua a esistere, mentre il diritto viene meno»: Schmitt, 1922, p. 39) e può così fondare nel *pouvoir constituant* la figura estrema dello stato di eccezione: la dittatura sovrana.

1.11 Secondo alcuni autori, nello stato di necessità «il giudice elabora un diritto positivo di crisi, così come, in tempi normali, colma le lacune del diritto» (Mathiot, 1956, p. 424). In questo modo, il problema dello stato di eccezione viene messo in relazione con un problema di particolare interesse nella teoria giuridica, quello delle lacune nel diritto. Almeno a partire dall'art. 4 del Codice Napoleone («Il giudice che rifiuterà di giudicare, sotto pretesto di silenzio, oscurità o

insufficienza della legge, potrà essere perseguibile in quanto colpevole di diniego di giustizia»), nella maggior parte dei sistemi giuridici moderni il giudice ha l'obbligo di pronunciare il giudizio anche in presenza di una lacuna nella legge. In analogia col principio secondo cui la legge può essere lacunosa, ma il diritto non ammette lacune, lo stato di necessità viene così interpretato come una lacuna nel diritto pubblico, a cui il potere esecutivo ha l'obbligo di porre rimedio. Un principio che riguarda il potere giudiziario viene esteso in questo modo al potere esecutivo.

Ma in che cosa consiste, a ben guardare, la lacuna che è qui in questione? Vi è davvero qualcosa come una lacuna in senso proprio? La lacuna non concerne qui una carenza nel testo legislativo, che dev'essere integrata dal giudice; essa concerne piuttosto una *sospensione* dell'ordinamento vigente per garantirne l'esistenza. Lungi dal rispondere a una lacuna normativa, lo stato di eccezione si presenta come l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale. La lacuna non è interna alla legge, ma riguarda la sua relazione con la realtà, la possibilità stessa della sua applicazione. È come se il diritto contenesse una frattura essenziale che si situa fra la posizione della norma e la sua applicazione e che, nel caso estremo, può essere colmata soltanto attraverso lo stato di eccezione, cioè creando una zona in cui l'applicazione è sospesa, ma la legge rimane, come tale, in vigore.

2.

Forza-di-Legge

2.1 Il tentativo più rigoroso di costruire una teoria dello stato di eccezione è opera di Carl Schmitt, essenzialmente nel libro su *La dittatura* e in quello, di un anno successivo, sulla *Teologiapolitica*. Poiché questi due libri, usciti all'inizio degli anni venti, descrivono, con una profezia per così dire interessata, un paradigma (una «forma di governo» [Schmitt, 1921, p. 151]) che non soltanto è rimasto attuale, ma ha anzi raggiunto oggi il suo compiuto sviluppo, è necessario esporre a questo punto le tesi fondamentali della dottrina schmittiana dello stato di eccezione.

Innanzitutto alcuni rilievi di ordine terminologico. Nel libro del 1921, lo stato di eccezione è presentato attraverso la figura della dittatura. Questa, che comprende in sé lo stato di assedio, è, però, essenzialmente «stato di eccezione» e, in quanto si presenta come una «sospensione del diritto», si riduce al problema della definizione di una «eccezione concreta [...], un problema che finora non è stato tenuto in debita considerazione dalla dottrina generale del diritto» (*ibid.*, p. xvii). La dittatura, nel cui contesto lo stato di eccezione è stato così iscritto, è poi distinta in «dittatura commissaria», che ha lo scopo di difendere o restaurare la costituzione vigente, e «dittatura sovrana», nella quale, come figura dell'eccezione, essa raggiunge per così dire la sua massa critica o il suo punto di fusione. Nella *Teologia politica*, i termini «dittatura» e «stato d'assedio» possono così scomparire e, in loro luogo, subentra lo stato di eccezione [*Ausnahmezustand*], mentre l'enfasi si sposta, almeno in apparenza, dalla definizione dell'eccezione a quella della sovranità. La strategia della dottrina schmittiana è, pertanto, una strategia a due tempi, di cui occorrerà

comprendere con chiarezza articolazioni e scopi.

Telos della teoria è, in entrambi i libri, l'iscrizione dello stato di eccezione in un contesto giuridico. Schmitt sa perfettamente che lo stato di eccezione, in quanto attua «una sospensione dell'intero ordine giuridico» (Schmitt, 1922, p. 18), sembra «sottrarsi a qualsiasi considerazione di diritto» (Schmitt, 1921, p. 137) e che anzi «nella sua consistenza fattuale e, cioè, nella sua intima sostanza, esso non può accedere alla forma del diritto» (*ibid.*, p. 175). Tuttavia è per lui in ogni caso essenziale che sia assicurata una qualche relazione con l'ordine giuridico: «La dittatura, sia commissaria che sovrana, implica il riferimento a un contesto giuridico» (*ibid.*, p. 139); «Lo stato di eccezione è sempre qualcosa di diverso dall'anarchia e dal caos e, in senso giuridico, in esso esiste ancora un ordine, anche se non un ordine giuridico» (Schmitt, 1922, pp. 18 sg.).

La prestazione specifica della teoria schmittiana è appunto quella di rendere possibile una tale articolazione fra stato di eccezione e ordine giuridico. Si tratta di un'articolazione paradossale, perché ciò che dev'essere iscritto nel diritto è qualcosa di essenzialmente esteriore ad esso, cioè nulla di meno che la sospensione dello stesso ordine giuridico (di qui la formulazione aporetica: «In senso giuridico [...] esiste ancora un ordine, anche se non un ordine giuridico»).

L'operatore di questa iscrizione di un fuori nel diritto è, in *La dittatura*, la distinzione fra norme del diritto e norme di attuazione del diritto (*Rechtsverwirklichung*) per la dittatura commissaria, e quella fra potere costituente e potere costituito per la dittatura sovrana. La dittatura commissaria, infatti, in quanto «sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza» (Schmitt, 1921, p. 136), ha in ultima istanza la funzione di creare uno stato di cose che «consenta l'applicazione del diritto» (*ibid.*). In essa la costituzione può essere sospesa quanto alla sua applicazione, «senza cessare con ciò di rimanere in vigore, perché la sospensione significa unicamente un'eccezione concreta» (*ibid.*, p. 137). Sul piano della teoria, la dittatura commissaria si lascia così sussumere integralmente nella distinzione fra la norma e le regole tecnico-pratiche che presiedono alla sua attuazione.

Diversa è la situazione della dittatura sovrana che non si

limita a sospendere una costituzione vigente « sulla base di un diritto in essa contemplato, e perciò esso stesso costituzionale», ma mira piuttosto a creare uno stato di cose nel quale divenga possibile imporre una nuova costituzione. L'operatore che permette di ancorare lo stato di eccezione all'ordine giuridico è, in questo caso, la distinzione fra potere costituente e potere costituito. Il potere costituente non è, tuttavia, «una pura e semplice questione di forza»; esso è, piuttosto, «un potere che, pur non essendo costituito in virtù di una costituzione, ha con ogni costituzione vigente un nesso tale da apparire come potere fondante [...] un nesso tale da non poter essere negato neppure nel caso che la costituzione vigente lo neghi» (*ibid.*). Benché giuridicamente «informe» (*formlos*), esso rappresenta «un minimo di costituzione» (*ibid.*, p. 145) iscritto in ogni azione politicamente decisiva ed è pertanto in grado di assicurare anche per la dittatura sovrana la relazione fra stato di eccezione e ordine giuridico.

Qui si mostra con chiarezza perché Schmitt possa presentare nella prefazione la «capitale distinzione fra dittatura commissaria e dittatura sovrana» come il «risultato sostanziale del libro» che rende il concetto di dittatura «finalmente accessibile alla trattazione della scienza del diritto» (*ibid.*, p. xviii). Ciò che Schmitt aveva davanti agli occhi era, infatti, una «confusione» e una «combinazione» fra le due dittature che egli non si stanca di denunciare (*ibid.*, p. 215). Ma tanto la teoria e la pratica leninista della dittatura del proletariato che la progressiva esacerbazione dell'uso dello stato di eccezione nella Repubblica di Weimar non erano una figura della vecchia dittatura commissaria, ma qualcosa di nuovo e più estremo, che rischiava di mettere in questione la stessa consistenza dell'ordine giuridico-politico e la cui relazione col diritto si trattava appunto per lui ad ogni costo di salvare.

Nella *Teologia politica*, l'operatore dell'iscrizione dello stato di eccezione nell'ordine giuridico è, invece, la distinzione fra due elementi fondamentali del diritto: la norma (*Norm*) e la decisione (*Entscheidung, Dezision*), distinzione che era stata già enunciata nel libro del 1912 *Gesetz und Urteil*. Lo stato di eccezione, sospendendo la norma, «rivela [*offenbart*] in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione» (Schmitt, 1922, p. 19).

I due elementi, norma e decisione, mostrano così la loro autonomia. «Come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, così, nel caso di eccezione, la norma viene annullata [*vernichtet*]. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito del giuridico [*im Rahmen des Juristischen*]]» (*ibid.*).

Si comprende a questo punto perché, nella *Teologia politica*, la teoria dello stato di eccezione possa essere presentata come dottrina della sovranità. Il sovrano, che può decidere sullo stato di eccezione, ne garantisce l'ancoramento all'ordine giuridico. Ma proprio in quanto la decisione concerne qui l'annullamento stesso della norma, in quanto, cioè, lo stato di eccezione rappresenta l'inclusione e la cattura di uno spazio che non è né fuori né dentro (quello che corrisponde alla norma annullata e sospesa), «il sovrano sta fuori [*steht ausserhalb*] dell'ordine giuridico normalmente valido e, tuttavia, appartiene [*gehört*] ad esso, perché è responsabile per la decisione se la costituzione possa essere sospesa *in toto*» (*ibid.*, p. 13).

Essere-fuori e, tuttavia, appartenere: questa è la struttura topologica dello stato di eccezione, e solo perché il sovrano, che decide sull'eccezione, è, in verità, logicamente definito nel suo essere da questa, può anch'esso essere definito dall'ossimoro *estasi-appartenenza*.

✠ E alla luce di questa complessa strategia di iscrizione dello stato di eccezione nel diritto che va visto il rapporto fra *La dittatura* e *Teologia politica*. In generale, giuristi e filosofi della politica hanno orientato la loro attenzione soprattutto sulla teoria della sovranità contenuta nel libro del 1922, senza rendersi conto che essa acquista il suo senso esclusivamente sulla base della teoria dello stato di eccezione già elaborata in *La dittatura*. Il rango e il paradosso del concetto schmittiano di sovranità derivano, come abbiamo visto, dallo stato di eccezione, e non viceversa. E non è certo un caso che Schmitt abbia prima definito, nel libro del 1921 e in articoli precedenti, la teoria e la prassi dello stato di eccezione e solo

in un secondo momento abbia definito la sua teoria della sovranità nella *Teologia politica*. Questa rappresenta indubbiamente il tentativo di ancorare senza riserve lo stato di eccezione all'ordine giuridico; ma il tentativo non sarebbe stato possibile se lo stato di eccezione non fosse stato articolato in precedenza nella terminologia e nella concettualità della dittatura e, per così dire, «giuridicizzato» attraverso il riferimento alla magistratura romana e poi grazie alla distinzione tra norme del diritto e norme di attuazione.

2.2. La dottrina schmittiana dello stato di eccezione procede stabilendo, nel corpo del diritto, una serie di cesure e di divisioni, i cui estremi sono irriducibili l'uno all'altro, ma che, attraverso la loro articolazione e opposizione, permettono alla macchina del diritto di funzionare.

Sia l'opposizione fra norme del diritto e norme di attuazione del diritto, fra la norma e la sua applicazione concreta. La dittatura commissaria mostra che il momento dell'applicazione è autonomo rispetto alla norma come tale e che la norma «può essere sospesa, senza cessare, con ciò, di rimanere in vigore» (Schmitt, 1921, p. 137). Essa rappresenta, cioè, uno stato della legge in cui questa non si applica, ma resta in vigore. La dittatura sovrana, invece, in cui la vecchia costituzione non esiste più e la nuova è presente nella forma «minima» del potere costituente, rappresenta uno stato della legge in cui questa si applica, ma non è formalmente in vigore.

Sia ora l'opposizione fra la norma e la decisione. Schmitt mostra che esse sono irriducibili, nel senso che la decisione non può mai essere dedotta senza un resto (*restlos*) dal contenuto di una norma (Schmitt, 1922, p. 11). Nella decisione sullo stato di eccezione, la norma viene sospesa o, addirittura, annullata; ma ciò che è in questione in questa sospensione è, ancora una volta, la creazione di una situazione che renda possibile l'applicazione della norma (« si deve creare la situazione, nella quale possano valere [*gelten*] norme giuridiche» [*ibid.*, p. 19]). Lo stato di eccezione separa, cioè, la norma dalla sua applicazione, per rendere quest'ultima possibile. Esso introduce nel diritto una zona di anomia, per rendere possibile la normazione effettiva del reale.

Possiamo allora definire lo stato di eccezione nella dottrina schmittiana come il luogo in cui l'opposizione fra la norma e la sua attuazione raggiunge la massima intensità. Esso è un campo di tensioni giuridiche, in cui un minimo di vigenza formale coincide con un massimo di applicazione reale e viceversa. Ma anche in questa zona estrema e, anzi, proprio in virtù di essa, i due elementi del diritto mostrano la loro intima coesione.

✧ L'analogia strutturale fra linguaggio e diritto è qui illuminante. Come gli elementi linguistici sussistono nella *langue* senza alcuna denotazione reale, che essi acquistano soltanto nel discorso in atto, così nello stato di eccezione la norma vige senza alcun riferimento alla realtà. Ma come è proprio attraverso la presupposizione di qualcosa come una lingua che l'attività linguistica concreta diventa intei-legibile, così è attraverso la sospensione dell'applicazione nello stato di eccezione che la norma può riferirsi alla situazione normale.

Si può dire in generale che non solo la lingua e il diritto, ma tutte le istituzioni sociali si sono formate attraverso un processo di desemantizzazione e di sospensione della prassi concreta nel suo immediato riferimento al reale. Come la grammatica, producendo un parlare senza denotazione, ha isolato dal discorso qualcosa come una lingua e come il diritto, sospendendo l'uso e le abitudini concrete degli individui, ha potuto isolare qualcosa come una norma, così in ogni ambito il paziente lavoro della civilizzazione procede separando la prassi umana dal suo esercizio concreto e creando in questo modo quell'eccesso della significazione sulla denotazione che Lévi-Strauss è stato il primo a riconoscere. Il significante eccedente - questo concetto pilota nelle scienze umane del xx secolo - corrisponde, in questo senso, allo stato di eccezione, in cui la norma vige senza applicarsi.

2.3 Nel 1989 Jacques Derrida tenne alla Cardozo School of Law a New York una conferenza dal titolo: *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. La conferenza, che era, in verità, una lettura del saggio benjaminiano *Per la critica della*

violenza, suscitò un vasto dibattito tanto fra i filosofi che tra i giuristi; ma è indizio non solo della compiuta separazione fra cultura filosofica e cultura giuridica, ma anche della decadenza di questa, il fatto che nessuno si provò ad analizzare la formula, apparentemente enigmatica, che dava il titolo al testo.

Il sintagma «forza di legge» ha alle spalle una lunga tradizione nel diritto romano e medievale, dove (almeno a partire da *Dig. De legibus* 1.3: *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*) ha il senso generico di efficacia, capacità di obbligare. Ma è soltanto in epoca moderna, nel contesto della Rivoluzione francese, che essa comincia a indicare il valore supremo degli atti statuali espressi dalle assemblee rappresentative del popolo. Nell'art. 6 della Costituzione del 1791, *force de loi* designa così l'intangibilità della legge anche nei confronti del sovrano, che non può né abrogarla né modificarla. In questo senso, la dottrina moderna distingue fra *efficacia* della legge, che compete in modo assoluto a ogni atto legislativo valido, e consiste nella produzione degli effetti giuridici, e *forza di legge*, che è, invece, un concetto relativo, che esprime la posizione della legge o degli atti ad essa equiparati rispetto agli altri atti dell'ordinamento, che siano dotati di forza superiore alla legge (com'è il caso della costituzione) o inferiore ad essa (i decreti e i regolamenti emanati dall'esecutivo) (Quadri, 1979, p. 10).

Decisivo è però che, in senso tecnico, il sintagma «forza di legge» si riferisce, tanto nella dottrina moderna che in quella antica, non alla legge, ma a quei decreti - aventi, appunto, come si dice, forza di legge - che il potere esecutivo può essere autorizzato in alcuni casi - e, segnatamente, nello stato di eccezione - a emanare. Il concetto «forza-di-legge», come termine tecnico del diritto, definisce, cioè, una separazione della *vis obligandi* o dell'applicabilità della norma dalla sua essenza formale, per cui decreti, provvedimenti e misure che non sono formalmente leggi ne acquistano tuttavia la «forza». Così quando a Roma il principe comincia ad acquisire il potere di emanare atti che tendono sempre più a valere come leggi, la dottrina romana dice che questi atti hanno «vigore di legge» (Ulp. D. 1,4, 1: *quod principi placuit legis habet vigorem*; con espressioni equivalenti, ma in cui la distinzione formale fra

leggi e costituzione del principe è sottolineata, Gaio scrive *legis vicem obtineat* e Pomponio *pro lege servatur*).

Nella nostra trattazione dello stato di eccezione, abbiamo incontrato numerosi esempi di questa confusione fra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo; una tale confusione definisce anzi, come abbiamo visto, uno dei caratteri essenziali dello stato di eccezione. (Il caso limite è il regime nazista, in cui, come Eichmann non si stancava di ripetere, «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»). Ma, da un punto di vista tecnico, la prestazione specifica dello stato di eccezione non è tanto la confusione dei poteri, su cui si è fin troppo insistito, quanto l'isolamento della «forza-di-legge» dalla legge. Esso definisce uno «stato della legge» in cui, da una parte, la norma vige, ma non si applica (non ha «forza») e, dall'altro, atti che non hanno valore di legge ne acquistano la «forza». Nel caso estremo, cioè, la «forza-di-legge» fluttua come un elemento indeterminato, che può essere rivendicato tanto dall'autorità statuale (che agisca come dittatura commissaria) che da un'organizzazione rivoluzionaria (che agisca come dittatura sovrana). Lo stato di eccezione è uno spazio anomico, in cui la posta in gioco è una forza-di-legge senza legge (che si

dovrebbe pertanto scrivere: forza-di-~~legge~~). Una tale «forza-di-~~legge~~», in cui la potenza e l'atto sono radicalmente separati, è certamente qualcosa come un elemento mistico o, piuttosto, una *factio* attraverso cui il diritto cerca di annettersi la stessa anomia. Ma come sia possibile pensare un tale elemento «mistico» e in che modo esso agisca nello stato di eccezione è appunto il problema che occorrerà cercare di chiarire.

2.4 Il concetto di applicazione è certamente una delle categorie più problematiche della teoria giuridica, e non solo di questa. La questione è stata messa su una falsa strada attraverso il riferimento alla dottrina kantiana del giudizio come facoltà di pensare il particolare come contenuto nel generale. L'applicazione di una norma sarebbe così un caso di giudizio determinante, in cui il generale (la regola) è dato e si

tratta di sussumere ad esso il caso particolare (nel giudizio riflettente, invece, dato è il particolare e si tratta di trovare la regola generale). Anche se Kant era, in verità, perfettamente consapevole dell'aporeticità del problema e della difficoltà di decidere in concreto fra i due tipi di giudizio (la sua dottrina dell'esempio come caso di una regola che non è possibile enunciare ne è la prova, l'equivoco è qui che la relazione fra caso e norma si presenta come un'operazione meramente logica.

Ancora una volta, l'analogia con il linguaggio è illuminante: nella relazione fra il generale e il particolare (tanto più nel caso dell'applicazione di una norma giuridica) non è in questione soltanto una sussunzione logica, ma innanzi tutto il passaggio da una proposizione generica dotata di una referenza meramente virtuale al riferimento concreto a un segmento di realtà (cioè nulla di meno che il problema della relazione attuale fra linguaggio e mondo). Questo passaggio dalla *langue* alla *parole* o dal semiotico al semantico non è in alcun modo un'operazione logica, ma implica in ogni caso un'attività pratica, cioè l'assunzione della *langue* da parte di uno o più soggetti parlanti e l'effettuazione di quel dispositivo complesso che Benveniste ha definito funzione enunciativa e che spesso i logici tendono a sottovalutare. Nel caso della norma giuridica, il riferimento al caso concreto suppone un «processo», che coinvolge sempre una pluralità di soggetti e culmina, in ultima istanza, nella pronuncia di una sentenza, cioè di un enunciato il cui riferimento operativo alla realtà è garantito dai poteri istituzionali.

Una corretta posizione del problema dell'applicazione esige pertanto che essa sia preliminarmente trasferita dall'ambito logico a quello della prassi. Non soltanto, come Gadamer ha mostrato (1960, pp. 360, 395), ogni interpretazione linguistica è sempre, in realtà, un'applicazione che esige un'operazione efficace (che la tradizione dell'ermeneutica teologica ha riassunto nel motto premesso da Johann A. Bengel alla sua edizione del Nuovo Testamento: *te totum applica ad textum, rem totam applica ad te*); ma, nel caso del diritto, è perfettamente evidente - e Schmitt ha avuto buon gioco nel teorizzare questa evidenza - che l'applicazione di una norma non è in alcun modo contenuta in essa né può da essa essere dedotta,

Lo stato di eccezione è, in questo senso, l'apertura di uno spazio in cui applicazione e norma esibiscono la loro

separazione e una pura forza-di-~~legge~~ attua (cioè applica disapplicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa. In questo modo, la saldatura impossibile fra norma e realtà, e la conseguente costituzione dell'ambito normale, è operata nella forma dell'eccezione, cioè attraverso la presupposizione del loro nesso. Ciò significa che, per applicare una norma, occorre, in ultima analisi, sospendere la sua applicazione, produrre un'eccezione. In ogni caso, lo stato di eccezione segna una soglia in cui logica e prassi s'indeterminano e una pura violenza senza *logos* pretende di attuare un enunciato senz'alcun riferimento reale.

3.

Iustitium

3.1 Vi è un istituto del diritto romano che si può considerare in qualche modo come l'archetipo del moderno *Ausnahmezustand* e che, tuttavia - anzi, forse, proprio per questo -, non sembra aver ricevuto sufficiente attenzione da parte degli storici del diritto e dei teorici del diritto pubblico: il *iustitium*. Poiché esso permette di osservare lo stato di eccezione nella sua forma paradigmatica, ce ne serviremo qui come di un modello in miniatura per tentare di sciogliere le aporie di cui la teoria moderna dello stato di eccezione non riesce a venire a capo.

Se aveva notizia di una situazione che metteva in pericolo la Repubblica, il senato emetteva un *senatus consultum ultimum* col quale chiedeva ai consoli (o a coloro che ne facevano le veci a Roma, *interrex* o proconsoli) e, in alcuni casi, anche al pretore e ai tribuni della plebe e, al limite, a ogni cittadino, di prendere qualsiasi misura che si ritenesse necessaria per la salvezza dello stato (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat*). Questo senatoconsulto aveva alla sua base un decreto che dichiarava il *tumultus* (cioè la situazione di emergenza conseguente in Roma a una guerra esterna, a un'insurrezione o a una guerra civile) e dava luogo di solito alla proclamazione di un *iustitium* (*iustitium edicere* o *indicere*).

Il termine *iustitium* - costruito esattamente come *solstitium* - significa letteralmente «arresto, sospensione del diritto»: *quando ius stat* - spiegano etimologicamente i grammatici - *sicut solstitium dicitur* (*iustitium* si dice quando il diritto sta fermo, come [il sole nel] solstizio); ovvero, nelle parole di Aulo Gellio, *iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (quasi un intervallo e una specie di cessazione del diritto). Esso implicava, cioè, una

sospensione non semplicemente dell'amministrazione della giustizia, ma del diritto come tale. E' il senso di questo paradossale istituto giuridico, che consiste unicamente nella produzione di un vuoto giuridico, che occorre qui esaminare tanto dal punto di vista della sistematica del diritto pubblico che da quello filosofico-politico.

✧ La definizione del concetto di *tumultui* - in particolare rispetto a quello di guerra (*bellum*) - ha dato luogo a discussioni non sempre pertinenti. Il nesso fra i due concetti è già presente nelle fonti antiche, ad esempio nel passo delle *Filippiche* (8, i) in cui Cicerone afferma che «vi può essere una guerra senza tumulto, ma non un tumulto senza una guerra». Con ogni evidenza, questo passo non significa che il tumulto sia una forma speciale o più forte di guerra (*qualificiertes, gesteigertes bellum* [cfr. Nissen, 1877, P. 78]); esso pone invece fra i due termini una differenza irriducibile, nel momento stesso in cui afferma fra di essi una connessione. Un'analisi dei passi di Livio relativi al *tumultui* mostra infatti che la causa del tumulto può essere (ma non è sempre) una guerra esterna, ma che il termine designa tecnicamente lo stato di disordine e di agitazione (*tumultus* affine a *tumor*, che significa gonfiore, fermentazione) che consegue in Roma a quell'evento (così la notizia di una sconfitta nella guerra con gli Etruschi suscita a Roma un tumulto e *maiolem quam re terrorem* [Liv. 10, 4, 2]). Questa confusione fra causa ed effetto è evidente nella definizione dei lessici: *bellum aliquod subitum, quod ob periculi magnitudinem hostiumque vicinitatem magnam urbi trepidationem incutiebat* (Forcellini). Il tumulto non è la «guerra improvvisa», ma la *magna trepidatici* che essa produce a Roma. Per questo lo stesso termine può designare in altri casi il disordine conseguente a una insurrezione interna o a una guerra civile. La sola possibile definizione in grado di comprendere tutti i casi attestati è quella che vede nel *tumultus* «la cesura attraverso cui dal punto di vista del diritto pubblico si realizza la possibilità di misure eccezionali» (Nissen, 1877, p. 76).

La relazione fra *bellum* e *tumultus* è la stessa che intercorre fra guerra e stato di assedio militare da una parte e stato di eccezione e stato di assedio politico dall'altra.

3.2 Che la ricostruzione di qualcosa come una teoria dello stato di eccezione nella costituzione romana abbia sempre messo in imbarazzo i romanisti non può certo sorprendere, dal momento che essa, come abbiamo visto, manca in generale nel diritto pubblico.

L'atteggiamento di Mommsen è, in questo senso, significativo. Quando, nel suo *Komisches Staatsrecht*, deve confrontarsi col problema del *senatus consultum ultimum* e dello stato di necessità che esso presuppone, non trova di meglio che far ricorso all'immagine del diritto di legittima difesa (il termine tedesco per la legittima difesa, *Notwehr*, richiama quello per lo stato di emergenza, *Notstand*): «Come in quei casi urgenti, in cui la protezione della comunità viene meno, ogni cittadino acquista un diritto di legittima difesa, così vi è un diritto di legittima difesa anche per lo Stato e per ogni cittadino come tale, quando la comunità è in pericolo e la funzione del magistrato viene a mancare. Sebbene esso si situi in un certo senso al di fuori del diritto [*ausserhalb des Rechts*], è tuttavia necessario rendere comprensibile l'essenza e l'applicazione di questo diritto di legittima difesa [*Notwehrrecht*] almeno nella misura in cui esso è suscettibile di una esposizione teorica» (Mommsen, 1969, vol. 1, pp. 687 sg.).

All'affermazione del carattere extragiuridico dello stato di eccezione e al dubbio sulla stessa possibilità di una sua presentazione teorica corrispondono, nella trattazione, esitazioni e incoerenze, che sorprendono in un ingegno come quello di Mommsen, che è stato definito piuttosto sistematico che storico. Innanzi tutto egli non esamina il *iustitium*, della cui contiguità con il senatoconsulto ultimo è perfettamente cosciente, nella sezione dedicata allo stato di necessità (*ibid.*, pp. 687-97), ma in quella che tratta del diritto di veto dei magistrati (*ibid.*, pp. 250 sg.). Inoltre, benché si renda conto che il senatoconsulto ultimo si riferisce essenzialmente alla guerra civile (attraverso di esso «viene proclamata la guerra civile» [*ibid.*, p. 693]) e non ignori che la forma della leva sia nei due casi diversa (*ibid.*, p. 695), egli non sembra distinguere fra *tumultus* e stato di guerra (*Kriegsrecht*). Nell'ultimo volume dello *Staatsrecht* egli definisce il senatoconsulto ultimo come

una «quasi-dittatura», introdotta nel sistema costituzionale al tempo dei Gracchi; e aggiunge che «nell'ultimo secolo della Repubblica, la prerogativa del senato di esercitare sui cittadini un diritto di guerra non fu mai seriamente contestata» (*ibid.*, voi. 3, p. 1243). Ma l'immagine di una «quasi-dittatura», che sarà raccolta da Plaumann, è del tutto fuorviante, perché non solo non si ha qui alcuna creazione di una nuova magistratura, ma anzi ogni cittadino sembra qui investito di un *imperium* fluttuante e anomalo che non si lascia definire nei termini dell'ordinamento normale.

Nella definizione di questo stato di eccezione, l'acume di Mommsen si manifesta proprio nel punto in cui mostra i suoi limiti. Egli osserva che il potere in questione eccede assolutamente i diritti costituzionali dei magistrati e non può essere esaminato da un punto di vista giuridico-formale. «Se già la menzione dei tribuni della plebe e dei governatori delle province, che sono privi di *imperium* o ne dispongono solo nominalmente - egli scrive, - vieta di considerare questo appello [quello contenuto nel senatoconsulto ultimo] soltanto come un richiamo ai magistrati perché esercitino con energia i loro diritti costituzionali, ciò appare in modo ancora più evidente nella circostanza che, dopo il senatoconsulto provocato dall'offensiva di Annibaie, tutti gli ex dittatori, consoli e censori riassunsero l'*imperium* e lo conservarono fino all'allontanamento del nemico. Come mostra il richiamo anche ai censori, non si tratta di una proroga eccezionale della carica precedente-mente rivestita, che del resto non avrebbe potuto essere disposta in questa forma dal senato. Piuttosto questi senatoconsulti non possono essere giudicati dal punto di vista giuridico-formale: è la necessità a dare il diritto, e il senato, come suprema autorità della comunità, dichiarando lo stato di eccezione [*Notstand*], aggiunge solo il consiglio di organizzare opportunamente le necessarie difese personali». Mommsen ricorda qui il caso di un privato cittadino, Scipione Nasica, che, di fronte al rifiuto del console di agire contro Tiberio Gracco in esecuzione di un senatoconsulto ultimo, esclama: *qui rem publicam salvam esse vult, me sequatur!* e uccide Tiberio Gracco. «L'*imperium* di questi condottieri in stato di eccezione [*Notstandsfeldherren*] sta accanto a quello dei consoli più o meno come quello del pretore o del proconsole sta accanto a

quello consolare [...]. Il potere, che qui viene conferito, è quello abituale di un comandante, ed è indifferente che si rivolga al nemico che assedia Roma o al cittadino che si ribella [...]. Del resto questa autorità di comando [*Commando.*], comunque si manifesti, è ancor meno formulata dell'analogo potere in stato di necessità [*Notstandscommando*] in ambito *militiae* e, come questo, scompare da sé col venir meno del pericolo» (Mommsen, 1969, vol. 1, pp. 695 sg.).

Nella descrizione di questo *Notstandscommando*, in cui un *imperium* fluttuante e «fuori del diritto» sembra investire qualunque cittadino, Mommsen si è avvicinato per quanto gli era possibile alla formulazione di una teoria dello stato di eccezione, ma è rimasto al di qua da essa.

3.3 Nel 1877 Adolphe Nissen, professore nell'Università di Strasburgo, pubblica la monografia *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*. Il libro, che si propone l'analisi di un «istituto giuridico che è pas-sato finora quasi inosservato», è interessante per molti motivi. Nissen è il primo a vedere con chiarezza che l'usuale comprensione del termine come «ferie giudiziarie» (*Gerichtsferien*) è del tutto insufficiente e che, nel suo senso tecnico, esso dev'essere distinto anche dal più tardo significato di «lutto pubblico». Si prenda un caso esemplare di *iustitium*, quello di cui ci informa Cicerone in Phil. 5, 12. Di fronte alla minaccia di Antonio che si sta dirigendo in armi verso Roma, Cicerone si rivolge al senato con queste parole: *tumultum censeo decemi, iustitium indici, saga sumi dico oportere* (affermo che è necessario dichiarare lo stato di *tumultus*, proclamare il *iustitium* e indossare i mantelli: *saga sumere* significa press'a poco che i cittadini devono deporre le toghe e prepararsi a combattere). Nissen ha buon gioco nel mostrare che tradurre qui *iustitium* con «ferie giudiziarie» non avrebbe semplice-mente senso; si tratta, piuttosto, di fronte a una situazione di eccezione, di mettere da parte i vincoli che la legge impone all'azione dei magistrati (in particolare, il divieto, stabilito dalla *Lex Sempronia*, di mettere a morte un cittadino romano *iniussu populi*). *Stillstand des Rechts*, «arresto e sospensione del diritto», è la formula che, secondo Nissen, insieme traduce alla lettera e definisce il termine *iustitium*. Il

iustitium «sospende il diritto e, in questo modo, tutte le prescrizioni giuridiche sono messe fuori gioco. Nessun cittadino romano, sia egli magistrato o privato, ha ora poteri o doveri» (*ibid.*, p. 105). Quanto allo scopo di questa neutralizzazione del diritto, Nissen non ha dubbi: «Quando il diritto non era più in grado di assolvere al suo compito supremo: garantire il bene comune, si abbandonava il diritto per l'opportunità e come, nei casi di necessità, i magistrati venivano sciolti dai vincoli della legge attraverso un senatoconsulto, così nel caso più estremo il diritto veniva messo da parte. Invece di trasgredirlo, quando esso diventava nocivo lo si toglieva di mezzo, lo si sospendeva attraverso un *iustitium*» (*ibid.*, p. 99). Il *iustitium* risponde, cioè, secondo Nissen, alla stessa necessità che Machiavelli esprimeva senza riserve quando, nei *Discorsi*, suggeriva di «rompere» l'ordinamento per salvarlo («Perché, quando in una repubblica manca un simile modo, è necessario, osservando gli ordini, rovinare; o, per non rovinare, rompergli» [*ibid.*, p. 138]).

Nella prospettiva dello stato di necessità (*Notfall*), Nissen può così interpretare il *senatus consultum ultimum*, la dichiarazione di *tumultus* e il *iustitium* come sistematicamente connessi. Il *consultum* presuppone il *tumultus* e il *tumultus* è la sola causa del *iustitium*. Essi non sono categorie del diritto penale, ma di quello costituzionale e designano «la cesura attraverso cui dal punto di vista del diritto pubblico si realizza la possibilità di misure eccezionali [*Ausnahmemaßregeln*]» (Nissen, 1877, p. 76).

✱ Nel sintagma *senatus consultum ultimum*, il termine che ne definisce la specificità rispetto agli altri *consulta* è, evidentemente, l'aggettivo *ultimus*, che non sembra aver ricevuto la dovuta attenzione da parte degli studiosi. Che esso abbia qui valore tecnico è provato dal fatto che lo si trova ripetuto tanto per definire la situazione che giustifica il *consultum* (*senatus consultum ultimae necessitatis*) che la *vox ultima*, l'appello rivolto a tutti i cittadini per la salvezza della repubblica (*qui rem publicam salvare vult, me sequatur*).

Ultimus deriva dall'avverbio *uls*, che significa «al di là» (opposto a *cis*, al di qua). Il significato etimologico di *ultimus* è

pertanto: ciò che si trova assolutamente al di là, il più estremo. *Ultima necessitas* (*necedo* vale etimologicamente «non posso arretrare») indica una zona al di là della quale non è possibile riparo o salvezza. Ma se chiediamo ora: «Rispetto a che cosa il *senatus consultum ultimum* si situa in una tale dimensione di estremità?» la sola risposta possibile è: l'ordine giuridico, che nel *iustitium* viene infatti sospeso. *Senatus consultum ultimum* e *iustitium* segnano in questo senso il limite dell'ordine costituzionale romano.

§ La monografia di Middel (1887), pubblicata in latino (ma gli autori moderni sono citati in tedesco), resta molto al di qua di un approfondimento teorico del problema. Benché veda con chiarezza, come Nissen, lo stretto nesso che intercorre fra *tumultus* e *iustitium*, Middel enfatizza la contrapposizione formale fra il *tumultus*, che viene decretato dal senato, e il *iustitium*, che dev'essere indetto da un magistrato, e ne deduce che la tesi di Nissen (il *iustitium* come sospensione integrale del diritto) era eccessiva, perché il magistrato non poteva da solo sciogliersi dal vincolo delle leggi. Riabilitando in questo modo la vecchia interpretazione del *iustitium* come ferie giudiziarie, egli si lascia sfuggire il senso dell'istituto. Chiunque fosse infatti tecnica-mente abilitato a indire il *iustitium*, è certo che esso era dichiarato sempre e soltanto *ex auctoritate patrum*, e il magistrato (o il semplice cittadino) agiva quindi sulla base di uno stato di pericolo che autorizzava la sospensione del diritto.

3.4 Cerchiamo di fissare i caratteri del *iustitium* quali risultano dalla monografia di Nissen e proviamo, insieme, a svolgere le sue analisi nella direzione di una teoria generale dello stato di eccezione.

Innanzitutto il *iustitium*, in quanto invero un arresto e una sospensione dell'intero ordine giuridico, non può essere interpretato attraverso il paradigma della dittatura. Nella costituzione romana, il dittatore era una figura specifica di magistrato scelto dai consoli, il cui *imperium*, estremamente ampio, era conferito attraverso una *lex curiata*, che ne definiva gli scopi. Nel *iustitium*, al contrario (anche nel caso in cui a

dichiararlo sia un dittatore in carica), non vi è alcuna creazione di una nuova magistratura; l'illimitato potere di cui godono di fatto *iusticio indicto* i magistrati esistenti risulta non dal conferimento di un *imperium* dittatoriale, ma dalla sospensione delle leggi che vincolavano la loro azione. Sia Mommsen sia Plaumann (1913) ne sono perfettamente consapevoli e, per questo, parlano non di dittatura ma di «quasi dittatura»; il «quasi», tuttavia, non solo non elimina in alcun modo l'equivoco, ma contribuisce, anzi, a orientare l'interpretazione dell'istituto secondo un paradigma palesemente erraneo.

Ciò vale esattamente nella stessa misura per lo stato di eccezione moderno. L'aver confuso stato di eccezione e dittatura è il limite che ha impedito tanto a Schmitt nel 1921 che a Rossiter e a Friedrich dopo la seconda guerra mondiale di venire a capo delle aporie dello stato di eccezione. In entrambi i casi, l'errore era interessato, poiché era certamente più facile giustificare giuridicamente lo stato di eccezione iscrivendolo nella tradizione prestigiosa della dittatura romana che restituendolo al suo autentico, ma più oscuro paradigma genealogico nel diritto romano: il *iustitium*. In questa prospettiva, lo stato di eccezione non si definisce, secondo il modello dittatoriale, come una pienezza dei poteri, uno stato pleromatico del diritto, ma come uno stato kenomatico, un vuoto e un arresto del diritto.

✠ Nella pubblicistica moderna, è invalso l'uso di definire come dittature gli Stati totalitari nati dalla crisi delle democrazie dopo la prima guerra mondiale. Così tanto Hitler che Mussolini, tanto Franco che Stalin vengono indifferentemente presentati come dittatori. Ma né Mussolini né Hitler possono essere tecnicamente definiti dittatori. Mussolini era il capo del governo, legalmente investito di tale carica dal re, così come Hitler era il cancelliere del Reich, nominato dal legittimo presidente del Reich. Ciò che caratterizza tanto il regime fascista che quello nazista è, com'è noto, che essi lasciarono sussistere le costituzioni vigenti (rispettivamente lo Statuto albertino e la Costituzione di Weimar), affiancando, secondo un paradigma che è stato

acutamente definito di « Stato duale», alla costituzione legale una seconda struttura, spesso giuridicamente non formalizzata, che poteva esistere accanto all'altra grazie allo stato d'eccezione. Il termine «dittatura» è del tutto inadatto a dar ragione dal punto di vista giuridico di tali regimi così come del resto l'opposizione secca democrazia/dittatura è fuorviante per un'analisi dei paradigmi governamentali oggi dominanti.

✱ Schmitt, che non era un romanista, tuttavia conosceva il *iustitium* come forma dello stato d'eccezione («il *martial law* presupponeva una sorta di *iustitium*» [Schmitt, 1921, p. 183]), con ogni probabilità attraverso la monografia di Nissen (il cui nome è citato nel libro sulla dittatura, anche se in relazione a un altro testo). Pur condividendo l'idea di Nissen secondo cui lo stato di eccezione rappresenta «un vuoto di diritto» (Nissen parla di *vacuum* giuridico), Schmitt preferisce parlare, a proposito del *senatus consultum ultimum*, di «quasi dittatura» (il che presuppone la conoscenza, se non dello studio di Plaumann del 1913, almeno dello *Staatsrecht* di Mommsen).

3.5 La singolarità di questo spazio anomico che viene improvvisamente a coincidere con quello della città è tale da disorientare non solo gli studiosi moderni, ma anche le stesse fonti antiche. Così Livio, descrivendo la situazione creata dal *iustitium*, afferma che i consoli, i più alti magistrati romani, erano *in privato abditi*, ridotti allo stato di privati cittadini (Liv., 1, 9, 7); d'altra parte Cicerone, a proposito del gesto di Scipione Nasica, scrive che egli, pur essendo un privato, uccidendo Tiberio Gracco ha agito «come se fosse un console» (*privatus ut si consul esset*, Tusc., 4, 23, 51). Il *iustitium* sembra revocare in questione la stessa consistenza dello spazio pubblico; ma, per converso, anche quella dello spazio privato è altrettanto immediatamente neutralizzata. Questa paradossale coincidenza di privato e di pubblico, di *ius civile* e di *imperium* e, al limite, di giuridico e non-giuridico, tradisce, in realtà, la difficoltà o l'impossibilità di pensare un problema essenziale: quello della natura degli atti commessi durante il *iustitium*. Che cos'è una prassi umana integralmente consegnata a un vuoto

giuridico? E' come se, di fronte all'aprirsi di uno spazio integralmente anomico per l'azione umana, tanto gli antichi che i moderni retrocedessero intimoriti. Tanto Mommsen che Nissen (che pure afferma senza riserve il carattere di *tempus mortuum* giuridico del *iustitium*) lasciano sussistere, il primo, un non meglio identificato *Notstandscommando* e, il secondo, un «illimitato comando» (*Befehl*, [Nissen, 1877, p. 105]), cui corrisponde un'altrettanto illimitata obbedienza. Ma come può tale comando sopravvivere in assenza di ogni prescrizione e determinazione giuridica?

È in questa prospettiva che va vista anche l'impossibilità (comune tanto alle fonti antiche che ai moderni) di definire con chiarezza le conseguenze giuridiche degli atti commessi durante il *iustitium* allo scopo di salvare la *res publica*. Il problema era di particolare rilievo, perché concerneva la punibilità o meno dell'uccisione di un cittadino romano *indemnatus*. Già Cicerone, a proposito dell'assassinio dei seguaci di Caio Gracco da parte di Opimio, definisce un «problema interminabile» (*infinita quaestio*) quello della punibilità dell'uccisore di un cittadino romano che avesse agito in esecuzione di un *senatus consultum ultimum* (De Or., 2, 3, 134); Nissen, per parte sua, nega che tanto il magistrato che avesse agito in esecuzione del senatoconsulto, quanto i cittadini che lo avessero seguito, potessero essere punibili una volta terminato il *iustitium*; ma è contraddetto dal fatto che Opimio fu comunque sottoposto a processo (anche se poi assolto) e Cicerone fu condannato all'esilio in conseguenza della sua sanguinosa repressione della congiura di Catilina.

In realtà, l'intera questione è mal posta. L'aporia si chiarisce, infatti, solo se si considera che, in quanto si producono in un vuoto giuridico, gli atti commessi durante il *iustitium* sono radicalmente sottratti a ogni determinazione giuridica. Dal punto di vista del diritto è possibile classificare le azioni umane in atti legislativi, esecutivi e trasgressivi. Ma il magistrato o il privato cittadino che agiscono durante il *iustitium* secondo ogni evidenza non eseguono né trasgrediscono una legge e, a maggior ragione, nemmeno creano diritto. Tutti gli studiosi concordano sul fatto che il *senatus consultum ultimum* non ha alcun contenuto positivo: esso si limita a esprimere un consiglio con una formula

estremamente vaga [*videant consules...*], che lascia interamente libero il magistrato o chi per lui di agire come crede e, al limite, di non agire affatto. Colui che agisce durante il *iustitium* - si potrebbe dire se si volesse dare a ogni costo un nome a un'azione umana che si compie in condizioni di anomia - non esegue né trasgredisce, ma *inesegue* il diritto. Le sue azioni sono, in questo senso, meri fatti, il cui apprezzamento, una volta scaduto il *iustitium*, dipenderà dalle circostanze; ma, finché dura il *iustitium*, esse sono assolutamente indecidibili e la definizione della loro natura - esecutiva o trasgressiva, e, al limite, umana, bestiale o divina - esula dall'ambito del diritto.

3.6 Proviamo ora a enunciare compendiariamente in forma di tesi i risultati della nostra inchiesta genealogica sul *iustitium*.

1) Lo stato di eccezione non è una dittatura (costituzionale o incostituzionale, commissaria o sovrana), ma uno spazio vuoto di diritto, una zona di anomia in cui tutte le determinazioni giuridiche - e, innanzi tutto, la stessa distinzione fra pubblico e privato - sono disattivate. False sono quindi tutte quelle dottrine che cercano di annettere immediatamente lo stato di eccezione al diritto; e tali sono sia la teoria della necessità come fonte giuridica originaria sia quella che vede nello stato di eccezione l'esercizio di un diritto dello stato alla propria difesa o il ripristino di un originario stato pleromatico del diritto (i «pieni poteri»). Ma fallaci sono anche quelle dottrine che, come quella di Schmitt, cercano di iscrivere mediatamente lo stato di eccezione in un contesto giuridico, fondandolo nella divisione fra norme di diritto e norme di attuazione del diritto, fra potere costituente e potere costituito, fra norma e decisione. Lo stato di necessità non è uno «stato del diritto», ma uno spazio senza diritto (anche se esso non è uno stato di natura, ma si presenta come l'anomia che risulta dalla sospensione del diritto).

2) Questo spazio vuoto di diritto sembra essere, per qualche ragione, così essenziale all'ordine giuridico, che questo deve cercare in tutti i modi di assicurarsi una relazione con esso, quasi che, per fondarsi, dovesse mantenersi necessariamente in rapporto con un'anomia. Da una parte, il vuoto giuridico che è in questione nello stato di eccezione

sembra assolutamente impensabile per il diritto; dall'altra, questo impensabile riveste però per l'ordine giuridico una rilevanza strategica decisiva, che si tratta appunto di non lasciarsi ad alcun costo sfuggire.

3) Il problema cruciale connesso alla sospensione del diritto è quello degli atti commessi durante il *iustitium*, la cui natura sembra sfuggire a ogni definizione giuridica. In quanto non sono né trasgressivi, né esecutivi, né legislativi, essi sembrano situarsi, rispetto al diritto, in un assoluto non-luogo.

4) E' a questa indefinibilità e a questo non-luogo che risponde l'idea di una forza-di- . E come se la sospensione della legge liberasse una forza o un elemento mistico, una sorta di *mana* giuridico (l'espressione è usata da Wagenvoort per definire l'*auctoritas* romana [Wagenvoort, 1947, p. 106]), di cui tanto il potere quanto i suoi avversari, tanto il potere costituito quanto il potere costituente cercano di appropriarsi. La forza-di-legge separata dalla legge, l' *imperium* fluttuante, la vigenza senza applicazione e, più in generale, l'idea di una sorta di «grado zero» della legge, sono altrettante finzioni attraverso le quali il diritto tenta di includere in sé la propria assenza e di appropriarsi dello stato di eccezione o, quanto meno, di assicurarsi una relazione con esso. Che, proprio come i concetti di *mana* o di *sacer* nell'antropologia e nella scienza delle religioni fra il xix e il xx secolo, queste categorie siano, in verità, dei mitologemi scientifici, non significa che non sia possibile e utile analizzare la funzione che esse svolgono nella lunga battaglia che il diritto ha impegnato intorno all'anomia. E' possibile, infatti, che in questione in esse sia nulla di meno che la definizione di ciò che Schmitt chiama il «politico». Il compito essenziale di una teoria non è soltanto quello di chiarire la natura giuridica o meno dello stato di eccezione, quanto piuttosto di definire il senso, il luogo e i modi della sua relazione col diritto.

4.

Gigantomachia intorno a un vuoto

4.1 È in questa prospettiva che leggeremo ora il dibattito fra Walter Benjamin e Carl Schmitt sullo stato di eccezione. Il dossier esoterico di questo dibattito, che si svolge con modi e intensità diversi fra il 1925 e il 1956, non è molto ampio: la citazione benjaminiana della *Teologia politica* nell'*Origine del dramma barocco tedesco*-, il *cuniculum vitae* del 1928 e la lettera di Benjamin a Schmitt del dicembre 1930, che testimoniano di un interesse e di una ammirazione per il «giuspubblicista fascista» (Tiedemann, in Benjamin, GS, voi. 1.3, p. 886) che sono sempre apparsi scandalosi; le citazioni e i riferimenti a Benjamin nel libro di Schmitt *Amleto ed Ecuba*, quando il filosofo ebreo era ormai morto da sedici anni. Questo dossier si è ulteriormente ampliato con la pubblicazione nel 1988 delle lettere di Schmitt a Viesel del 1973, in cui Schmitt afferma che il suo libro su Hobbes del 1938 era stato concepito come una «risposta a Benjamin [...] rimasta inosservata» (Viesel, 1988, p. 14; cfr. le osservazioni di Bredekamp, 1998, p. 913).

Il dossier esoterico è, tuttavia, più ampio e deve ancora essere esplorato in tutte le sue implicazioni. Cercheremo, infatti, di dimostrare che come primo documento si debba iscrivere nel dossier non la lettura benjaminiana della *Teologia politica*, ma la lettura schmittiana del saggio benjaminiano *Per la critica della violenza* (19 21). Il saggio fu pubblicato nel n. 47 dello «Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik», una rivista codiretta da Emil Lederer, allora professore all'Università di Heidelberg (e, più tardi, alla New School for Social Research di New York), che era fra le persone che Benjamin frequentava in quel periodo. Ora, non soltanto fra il 1924 e il 1927 Schmitt pubblica sullo «Archiv» numerosi saggi e articoli (fra cui la prima versione di *Il concetto del politico*),

ma un attento spoglio delle note a piè pagina e delle bibliografie dei suoi scritti mostra che fin dal 1915 Schmitt era un regolare lettore della rivista (egli cita, fra gli altri, il numero immediatamente precedente e quello immediatamente successivo al fascicolo su cui compare il saggio benjaminiano). Come assiduo lettore e collaboratore dello «Archiv», Schmitt difficilmente poteva non aver notato un testo come *Per la critica della violenza*, che toccava, come vedremo, questioni per lui essenziali. L'interesse di Benjamin per la dottrina schmittiana della sovranità è stato sempre giudicato scandaloso (Taubes ha definito una volta la lettera del 1930 a Schmitt come «una mina che poteva far esplodere la rappresentazione comune della storia intellettuale di Weimar» [Taubes, 1987, p. 27]); rovesciando lo scandalo, proveremo a leggere la teoria schmittiana della sovranità come una risposta alla critica benjaminiana della violenza.

4.2 Scopo del saggio è quello di assicurare la possibilità di una violenza (il termine tedesco *Gewalt* significa anche semplicemente «potere») assolutamente «al di fuori» (*außerhalb*) e «al di là» (*jenseits*) del diritto, che, come tale, potrebbe spezzare la dialettica fra violenza che pone il diritto e violenza che lo conserva (*rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt*). Benjamin chiama questa altra figura della violenza «pura» (*reine Gewalt*) o «divina» e, nella sfera umana, «rivoluzionaria». Ciò che il diritto non può in nessun caso tollerare, ciò che esso sente come una minaccia con cui è impossibile venire a patti è l'esistenza di una violenza al di fuori del diritto; e questo non perché i fini di una tale violenza siano incompatibili col diritto, ma «per il semplice fatto della sua esistenza al di fuori del diritto» (Benjamin, 1921, p. 183). Compito della critica benjaminiana è di provare la realtà (*Bestand*) di una tale violenza: «Se alla violenza è garantita una realtà anche al di là del diritto, come violenza puramente immediata, risulta dimostrata anche la possibilità della violenza rivoluzionaria, che è il nome da assegnare alla suprema manifestazione di violenza pura da parte dell'uomo» (*ibid.*, p. 202). Il carattere proprio di questa violenza è che essa né pone, né conserva il diritto, ma lo depone [*Entsetzung des*

Rechts [ibid.]) e inaugura così una nuova epoca storica.

Nel saggio, Benjamin non nomina lo stato di eccezione, anche se usa il termine *Ernstfall*, che in Schmitt compare come sinonimo di *Ausnahmezustand*. Ma un altro termine tecnico del lessico schmittiano è presente nel testo: *Entscheidung*, decisione. Il diritto, scrive Benjamin, «riconosce la decisione localmente e temporalmente determinata come una categoria metafisica» (ibid., p. 189); ma a questo riconoscimento fa riscontro in realtà soltanto «la peculiare e demoralizzante esperienza dell'indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici [die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlich Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme]» (ibid., p. 196).

4.3 La dottrina della sovranità che Schmitt svolge nella sua *Teologia politica* può essere letta come una puntuale risposta al saggio benjaminiano. Mentre la strategia della *Critica della violenza* era volta ad assicurare l'esistenza di una violenza pura e anomica, per Schmitt si tratta invece di ricondurre una tale violenza in un contesto giuridico. Lo stato di eccezione è lo spazio in cui egli cerca di catturare l'idea benjaminiana di una violenza pura e di iscrivere l'anomia nel corpo stesso del *nomos*. Non vi può essere, secondo Schmitt, una violenza pura, cioè assolutamente fuori del diritto, perché, nello stato di eccezione, essa è inclusa nel diritto attraverso la sua stessa esclusione. Lo stato di eccezione è, cioè, il dispositivo attraverso il quale Schmitt risponde all'affermazione benjaminiana di un'azione umana integralmente anomica.

La relazione fra i due testi è, però, ancora più stretta. Abbiamo visto come nella *Teologia politica* Schmitt abbandoni la distinzione fra potere costituente e potere costituito, che nel libro del 1921 fondava la dittatura sovrana, per sostituirla col concetto di decisione. Questa sostituzione acquista il suo senso strategico solo se la si considera come una contromossa rispetto alla critica benjaminiana. La distinzione fra violenza che pone il diritto e violenza che lo conserva - che era il bersaglio di Benjamin - corrisponde infatti alla lettera all'opposizione schmittiana; ed è per neutralizzare la nuova figura di una violenza pura, sottratta alla dialettica fra potere

costituente e potere costituito, che Schmitt elabora la sua teoria della sovranità. La violenza sovrana nella *Teologia politica* risponde alla violenza pura del saggio benjaminiano con la figura di un potere che né pone né conserva il diritto, ma lo sospende. Nello stesso senso, è in risposta all'idea benjaminiana di una indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici che Schmitt afferma la sovranità come luogo della decisione estrema. Che questo luogo non sia né esterno né interno al diritto, che la sovranità sia, in questo senso, un *Grenzbegriff*, è la necessaria conseguenza del tentativo schmittiano di neutralizzare la violenza pura e di assicurare la relazione fra l'anomia e il contesto giuridico. E come la violenza pura, secondo Benjamin, non può essere riconosciuta come tale attraverso una decisione (*Entscheidung* [ibid., p. 203]), così anche per Schmitt «è impossibile accertare con sussumibile chiarezza quando si dia un caso di necessità né si può descrivere dal punto di vista del contenuto che cosa possa accadere quando realmente si tratta del caso di necessità e della sua rimozione» (Schmitt, 1922, p. 12); ma, con un'inversione strategica, proprio questa impossibilità fonda la necessità della decisione sovrana.

4.4 Se si accettano queste premesse, allora tutto il dibattito essoterico fra Benjamin e Schmitt appare in una nuova luce. La descrizione benjaminiana del sovrano barocco nel *Trauerspielbuch* può essere letta come una risposta alla teoria schmittiana della sovranità. Sam Weber ha acutamente osservato come, proprio al momento di citare la definizione schmittiana della sovranità, Benjamin vi introduca una «leggera, ma decisiva modificazione» (Weber, 1992, p. 152). La concezione barocca della sovranità, egli scrive, «si sviluppa da una discussione dello stato di eccezione e attribuisce al principe come sua più importante funzione quella di escluderlo» [*den auszuschließen* [Benjamin 1928, p. 245]]. La sostituzione di «escludere» a «decidere» altera surrettiziamente la definizione schmittiana nello stesso gesto con cui pretende di evocarla: il sovrano non deve, decidendo sullo stato di eccezione, includerlo in qualche modo nell'ordine giuridico; egli deve, al contrario, escluderlo, lasciarlo fuori da esso.

Il senso di questa sostanziale modificazione si chiarisce soltanto nelle pagine successive, attraverso l'elaborazione di una vera e propria teoria della «indecisione sovrana»; ma proprio qui l'intreccio fra lettura e controlettura si fa più stretto. Se la decisione è, per Schmitt, il nesso che unisce sovranità e stato di eccezione, Benjamin scinde ironicamente il potere sovrano dal suo esercizio e mostra che il sovrano barocco è costitutivamente nell'impossibilità di decidere. «L'antitesi fra il potere sovrano [*Henschermacht*] e la facoltà di esercitarlo [*Herrschvermögen*] ha condotto, per il dramma barocco, a un carattere peculiare, soltanto apparentemente di genere, il cui chiarimento è possibile unicamente sulla base della teoria della sovranità. Si tratta della capacità di decidere [*Entschlußfähigkeit*] del tiranno. Il principe, al quale spetta la decisione sullo stato di eccezione, mostra alla prima buona occasione che la decisione è per lui quasi impossibile» (*ibid.*, p. 250).

La scissione fra il potere sovrano e il suo esercizio corrisponde puntualmente a quella fra norme del diritto e norme di attuazione del diritto che, in *La dittatura*, fondava la dittatura commissaria. Alla contromossa con cui Schmitt, rispondendo nella *Teologia politica* alla critica benjaminiana della dialettica fra potere costituente e potere costituito, aveva introdotto il concetto di decisione, Benjamin replica richiamando in causa la distinzione schmittiana fra la norma e la sua attuazione. Il sovrano, che dovrebbe ogni volta decidere sull'eccezione, è precisamente il luogo in cui la frattura che divide il corpo del diritto diventa incomponibile: fra *Macht* e *Vermögen*, fra il potere e il suo esercizio si apre uno scarto che nessuna decisione è in grado di colmare.

Per questo, con un ulteriore spostamento, il paradigma dello stato di eccezione non è più, come nella *Teologia politica*, il miracolo, ma la catastrofe. «In antitesi all'ideale storico della restaurazione, di fronte ad esso [al barocco] sta l'idea di catastrofe. E su questa antitesi viene coniata la teoria dello stato di eccezione» (*ibid.*, p. 246).

Un infelice emendamento nel testo delle *Gesammelte Schriften* ha impedito di misurare tutte le implicazioni di questo spostamento. Dove il testo benjaminiano recitava: *Es gibt eine barocke Eschatologie*, «vi è un'escatologia barocca», gli

editori, con singolare ignoranza di ogni cautela filologica, hanno corretto: *Es gibt keine...*, «non vi è un'escatologia barocca» (*ibid.*). Eppure il passo successivo è logicamente e sintatticamente coerente con la lezione originale: «e proprio per questo [vi è] un meccanismo che raccoglie ed esalta ogni creatura terrena, prima di consegnarla alla fine [*dem Ende*]». Il barocco conosce un *eschaton*, una fine del tempo; ma, come Benjamin immediatamente precisa, questo *eschaton* è vuoto, non conosce redenzione né aldilà e resta immanente al secolo: «L'aldilà viene svuotato di tutto ciò in cui ancora alita il minimo respiro mondano, e il barocco strappa ad esso una quantità di cose, che si sottraevano fin allora a ogni raffigurazione, per svuotare un ultimo cielo e porlo, in quanto vuoto, in condizione di annientare un giorno in sé la terra con catastrofica violenza» (*ibid.*).

E' una tale «escatologia bianca» - che non conduce la terra in un aldilà redento, ma la consegna a un cielo assolutamente vuoto - che configura lo stato di eccezione del barocco come catastrofe. Ed è ancora questa escatologia bianca che spezza la corrispondenza fra sovranità e trascendenza, fra il monarca e Dio che definiva il teologico-politico schmittiano. Mentre in questo «il sovrano [...] viene identificato con Dio e occupa nello Stato esattamente la stessa posizione che spetta nel mondo al dio del sistema cartesiano» (Schmitt, 1922, p. 260), in Benjamin il sovrano «rimane racchiuso nell'ambito della creazione, è signore delle creature, ma resta creatura» (Benjamin, 1928, p. 264).

Questa drastica ridefinizione della funzione sovrana implica una diversa situazione dello stato di eccezione. Esso non appare più come la soglia che garantisce l'articolazione fra un dentro e un fuori, fra l'anomia e il contesto giuridico in virtù di una legge che vige nella sua sospensione: esso è, piuttosto, una zona di assoluta indeterminazione fra anomia e diritto, in cui la sfera creaturale e l'ordine giuridico sono coinvolti in una stessa catastrofe.

4.5 Il documento decisivo nel dossier Benjamin-Schmitt è certamente l'ottava tesi sul concetto della storia, composta da Benjamin pochi mesi prima della morte. «La tradizione degli

oppressi - qui leggiamo - ci insegna che lo “stato di emergenza” in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto. Avremo allora di fronte, come nostro compito, la produzione dello stato di eccezione effettivo [*wirklich*]; e ciò migliorerà la nostra posizione nella lotta contro il fascismo» (Benjamin, 1942, p. 697).

Che lo stato di eccezione sia diventato la regola non è una semplice estremizzazione di quella che nel *Trauerspielbuch* appariva come la sua indecidibilità. Occorre qui non dimenticare che tanto Benjamin che Schmitt avevano di fronte uno Stato - il Reich nazista - in cui lo stato di eccezione, proclamato nel 1933, non era mai stato revocato. Nella prospettiva del giurista, la Germania si trovava, cioè, tecnicamente in una situazione di dittatura sovrana, che doveva portare alla definitiva abolizione della Costituzione di Weimar e all'instaurazione di una nuova costituzione, i cui caratteri fondamentali Schmitt si sforza di definire in una serie di articoli fra il 1933 e il 1936. Ma quel che Schmitt non poteva in nessun caso accettare era che lo stato di eccezione si confondesse integralmente con la regola. Già in *La dittatura* egli aveva affermato che è impossibile definire un giusto concetto di dittatura se si vede ogni ordine legale « solo come una latente e intermittente dittatura» (Schmitt, 1921, p. xiv). La *Teologia politica* riconosceva certo senza riserve il primato dell'eccezione, in quanto rende possibile la costituzione della sfera normale; ma se la regola, in questo senso, «vive solo dell'eccezione» (Schmitt, 1922, p. 22), che cosa avviene quando eccezione e regola diventano indecidibili?

Il funzionamento dell'ordine giuridico riposa in ultima istanza, nella prospettiva schmittiana, su un dispositivo - lo stato di eccezione - che ha lo scopo di rendere applicabile la norma sospendendone temporaneamente l'efficacia. Quando l'eccezione diventa la regola, la macchina non può più funzionare. In questo senso, l'indecidibilità di norma ed eccezione formulata nell'ottava tesi mette in scacco la teoria schmittiana. La decisione sovrana non è più in grado di svolgere il compito che la *Teologia politica* le assegnava: la regola, che coincide ora con ciò di cui vive, divora se stessa. Ma questa confusione fra l'eccezione e la regola era proprio quanto il Terzo Reich aveva concretamente realizzato e

l'ostinazione con cui Hitler perseguì l'organizzazione del suo «Stato duale» senza promulgare una nuova costituzione ne è la prova (in questo senso, il tentativo di Schmitt di definire la nuova relazione materiale fra *Führer* e popolo nel Reich nazista era votato all'insuccesso).

E' in questa prospettiva che va letta nell'ottava tesi la distinzione benjaminiana fra stato di eccezione effettivo e stato di eccezione *tout court*. La distinzione era già, come abbiamo visto, nella trattazione schmittiana della dittatura. Schmitt prendeva in prestito il termine dal libro di Theodor Reinach *De l'état de siège*; ma mentre Reinach, in relazione al decreto napoleonico del 24 dicembre 1811, opponeva un *état de siège effectif* (o militare) a un *état de siège fictif* (o politico), Schmitt, nella sua tenace critica dello Stato di diritto, chiama «fittizio» uno stato di eccezione che si pretende di regolare per legge, allo scopo di garantire in qualche misura i diritti e le libertà individuali. Conseguentemente, egli denuncia con forza l'incapacità dei giuristi di Weimar di distinguere l'azione meramente fattuale del presidente del Reich in virtù dell'art. 48 da un procedimento regolato per legge.

Benjamin riformula ancora una volta l'opposizione per rivolgerla contro Schmitt. Caduta ogni possibilità di uno stato di eccezione fittizio, in cui eccezione e caso normale sono temporalmente e localmente distinti, effettivo è ora lo stato di eccezione «in cui viviamo» e che è assoluta-mente indecidibile rispetto alla regola. Ogni finzione di un nesso fra violenza e diritto viene qui meno: non vi è che una zona di anomia, in cui agisce una violenza sen-z'alcuna veste giuridica. Il tentativo del potere statale di annettersi l'anomia attraverso lo stato di eccezione è smascherato da Benjamin per quello che è: una *fictio iuris* per eccellenza, che pretende di mantenere il diritto

nella sua stessa sospensione come forza-di-~~legge~~. Al suo posto, subentrano ora guerra civile e violenza rivoluzionaria, cioè un'azione umana che ha deposto ogni relazione col diritto.

4.6 La posta in gioco nel dibattito fra Benjamin e Schmitt sullo stato di eccezione può essere ora definita con maggiore chiarezza. La disputa ha luogo in una stessa zona d'anomia che, da una parte, dev'essere mantenuta a ogni costo in

relazione col diritto e, dall'altra, dev'essere altrettanto implacabilmente sciolta e liberata da questa relazione. In questione nella zona anomica è, cioè, la relazione fra violenza e diritto - in ultima analisi, lo statuto della violenza come cifra dell'azione umana. Al gesto di Schmitt, che tenta ogni volta di reinscrivere la violenza in un contesto giuridico, Benjamin risponde cercando ogni volta di assicurare ad essa - come violenza pura - un'esistenza al di fuori del diritto.

Per ragioni che dovremo cercare di chiarire, questa lotta per l'anomia sembra essere, per la politica occidentale, altrettanto decisiva di quella *gigantomachia peri tes ousias*, di quella lotta di giganti intorno all'essere che definisce la metafisica occidentale. All'essere puro, alla pura esistenza come posta metafisica ultima, fa qui riscontro la violenza pura come oggetto politico estremo, come «cosa» della politica; alla strategia onto-teo-logica, volta a catturare l'essere puro nelle maglie del *logos*, fa riscontro la strategia dell'eccezione, che deve assicurare la relazione fra violenza anomica e diritto.

Tutto avviene, cioè, come se tanto il diritto che il *logos* avessero bisogno di una zona anomica (o alogica) di sospensione per poter fondare il loro riferimento al mondo della vita. Il diritto sembra poter sussistere solo attraverso una cattura dell'anomia, così come il linguaggio può sussistere solo attraverso un afferramento del non-linguistico. In entrambi i casi, il conflitto sembra vertere intorno a uno spazio vuoto: anomia, *vacuum* giuridico da una parte, essere puro, vuoto di ogni determinazione e di ogni predicato reale dall'altra. Per il diritto, questo spazio vuoto è lo stato di eccezione come dimensione costitutiva. La relazione fra norma e realtà implica la sospensione della norma, così come, nell'ontologia, la relazione fra linguaggio e mondo implica la sospensione della denotazione nella forma di una *langue*. Ma altrettanto essenziale per l'ordine giuridico è che questa zona - dove si situa un'azione umana senza relazione con la norma - coincide con una figura estrema e spettrale del diritto, in cui esso si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma-di-legge) e una pura applicazione senza vigenza: la forza-di-

legge.

Se questo è vero, la struttura dello stato di eccezione è ancora più complessa di quanto abbiamo finora intravisto e la

posizione di ciascuna delle due parti che lottano in esso e per esso è ancora più strettamente intrecciata a quella dell'altra. E come, in una partita, la vittoria di uno dei due giocatori non è, rispetto al gioco, qualcosa come uno stato originario da restaurare, ma è soltanto la posta del gioco, che non preesiste a questo, ma ne risulta; così la violenza pura - che è il nome che Benjamin dà all'azione umana che né pone né conserva il diritto - non è una figura originaria dell'agire umano che, a un certo punto, viene catturata e iscritta nell'ordine giuridico (così come non vi è, per l'uomo parlante, una realtà prelinguistica, che, a un certo punto, cada nel linguaggio). Essa è, piuttosto, soltanto la posta in gioco nel conflitto sullo stato di eccezione, ciò che risulta da esso e soltanto in questo modo viene presupposto al diritto.

4.7 Tanto più importante è intendere correttamente il significato dell'espressione *reine Gewalt*, violenza pura, come termine tecnico essenziale del saggio benjaminiano. Che cosa significa qui «pura»? Nel gennaio 1919, cioè circa un anno prima della stesura del saggio, Benjamin, in una lettera a Ernst Schoen, che riprende e svolge motivi già elaborati in un articolo su Stifter, definisce con cura che cosa egli intenda per «purezza» (*Reinheit*). «È un errore presupporre una purezza che consiste in se stessa da qualche parte e che deve essere preservata [...]. La purezza di un essere non è *mai* incondizionata e assoluta, è sempre subordinata a una condizione. Questa condizione è diversa secondo l'essere della cui purezza si tratta; ma non risiede *mai* nell'essere stesso. In altre parole, la purezza di ogni essere (finito) non dipende mai da questo stesso essere [...]. Per la natura, la condizione della sua purezza che sta fuori di essa è il linguaggio umano» (Benjamin, 1966, pp. 205 sg.).

Questa concezione non sostanziale, ma relazionale della purezza è per Benjamin così essenziale, che ancora nel saggio del 1931 su Kraus egli può scrivere che «nell'origine della creatura non sta la purezza [*Reinheit*], ma la purificazione [*Reinigung*]» (Benjamin, 1931, p. 365). Ciò significa che la purezza, che è in questione nel saggio del 1921, non è un carattere sostanziale che appartenga all'azione violenta in se

stessa - che, in altre parole, la differenza fra violenza pura e violenza mitico-giuridica non risiede nella stessa violenza, ma nella sua relazione con qualcosa di esterno. Che cosa sia questa condizione esterna è enunciato con fermezza all'inizio del saggio: «Il compito di una critica della violenza può essere definito come l'esposizione del suo rapporto col diritto e con la giustizia». Anche il criterio della «purezza» della violenza risiederà, dunque, nel suo rapporto col diritto (il tema della giustizia, nel saggio, è infatti trattato solo in relazione ai fini del diritto).

La tesi di Benjamin è che, mentre la violenza mitico-giuridica è sempre mezzo rispetto a un fine, la violenza pura non è mai semplicemente mezzo - legittimo o illegittimo - rispetto a un fine (giusto o ingiusto). La critica della violenza non valuta la violenza in rapporto ai fini che essa persegue come mezzo, ma ne cerca il criterio «in una distinzione nella sfera stessa dei mezzi, senza riguardo ai fini che essi perseguono» (Benjamin, 1921, p. 179).

Appare qui il tema - che nel testo balena solo per un istante, sufficiente però a illuminare l'intero scritto - della violenza come «medio puro», cioè come figura di una paradossale «medialità senza fini»: un mezzo, cioè, che, pur restando tale, viene considerato indipendentemente dai fini che esso persegue. Il problema non è allora quello di identificare dei fini giusti, ma, piuttosto, «di individuare una violenza di altro genere, che certo non potrebbe essere mezzo legittimo o illegittimo a quei fini, ma che non si riferisca in generale ad essi come mezzo, ma in qualche altro modo [*nicht als Mittel zu Ihnen, vielmehr irgendwie anders sich verhalten würde*]» (*ibid.*, p. 196).

Quale può essere quest'altro modo della relazione a un fine? Converrà riferire anche al concetto di medio «puro» le considerazioni che abbiamo appena svolto sul significato che questo termine ha in Benjamin. Il medio non deve la sua purezza a una qualche intrinseca proprietà specifica, che lo differenzia dai mezzi giuridici, ma alla sua relazione con questi. Come, nel saggio sulla lingua, pura è quella lingua che non è strumento al fine della comunicazione, ma comunica immediatamente se stessa, cioè una comunicabilità pura e semplice, così pura è quella violenza che non si trova in

relazione di mezzo rispetto a un fine, ma si tiene in relazione con la sua stessa medialità. E come la pura lingua non è un'altra lingua, non ha un altro luogo rispetto alle lingue naturali comunicanti, ma si mostra in esse esponendole come tali, allo stesso modo la violenza pura si attesta soltanto come esposizione e deposizione del rapporto tra violenza e diritto. E' quanto Benjamin suggerisce subito dopo, evocando il tema della violenza che, nella collera, non è mai mezzo, ma soltanto manifestazione (*Manifestation*). Mentre la violenza che è mezzo per la posizione del diritto non depone mai il proprio rapporto con questo e insedia così il diritto come potere [*Macht*], che resta «intimamente e necessariamente legato ad essa» (*ibid.*, p. 198), la violenza pura espone e recide il nesso fra diritto e violenza e può così apparire alla fine non come violenza che governa o esegue (*die schaltende*), ma come violenza che puramente agisce e manifesta (*die waltende*). E se, in questo modo, l'implicazione fra violenza pura e violenza giuridica, fra stato di eccezione e violenza rivoluzionaria si fa così stretta che i due giocatori che si fronteggiano sulla scacchiera della storia sembrano muovere una stessa pedina, di volta in volta

forza-di-~~legge~~ o mezzo puro, decisivo è, però, che il criterio della loro distinzione riposi in ogni caso nello scioglimento del rapporto fra violenza e diritto.

4.8 È in questa prospettiva che si deve leggere tanto l'affermazione, nella lettera a Scholem dell'11 agosto 1934, che «una scrittura senza la sua chiave non è scrittura, ma vita» (Benjamin, 1966, p. 618), che quella, contenuta nel saggio su Kafka, secondo cui «il diritto non più praticato e solo studiato è la porta della giustizia» (Benjamin, 1934, p. 437). La scrittura (la Torah) senza la sua chiave è la cifra della legge nello stato di eccezione, che Scholem, senza nemmeno sospettare di condividere questa tesi con Schmitt, ritiene essere ancora legge, che vige ma non si applica o si applica senza vigere.

Questa legge - o, piuttosto, questa forza-di-~~legge~~ - non è più, secondo Benjamin, legge, ma vita, vita quale, nel romanzo di

Kafka, «viene vissuta nel villaggio ai piedi del monte dove sorge il castello» (*ibid.*). Il gesto più proprio di Kafka non

consiste nell'aver mantenuto, come ritiene Scholem, una legge senza più significato, ma nell'aver mostrato che essa cessa di essere legge per indeterminarsi in ogni punto con la vita.

Allo smascheramento della violenza mitico-giuridica operato dalla violenza pura corrisponde nel saggio su Kafka, come una sorta di resto, l'enigmatica immagine di un diritto che non è più praticato, ma soltanto studiato. Vi è, dunque, ancora una figura possibile del diritto dopo la deposizione del suo nesso con la violenza e il potere; ma si tratta di un diritto senza più forza né applicazione, come quello nel cui studio si sprofonda il « nuovo avvocato» sfogliando «i nostri vecchi codici»; o come quello che poteva forse avere in mente Foucault, quando parlava di un «nuovo diritto», affrancato da ogni disciplina e da ogni rapporto con la sovranità.

Quale può essere il senso di un diritto che sopravvive in tal modo alla sua deposizione? La difficoltà con cui Benjamin qui si confronta corrisponde a un problema che si può formulare - ed è stato effettivamente formulato una prima volta nel cristianesimo primitivo e una seconda nella tradizione marxiana - in questi termini: che cosa avviene della legge dopo il suo compimento messianico? (E' la controversia che oppone Paolo agli ebrei suoi contemporanei) . E che cosa avviene del diritto nella società senza classi? (E' esattamente il dibattito fra Vysinskij e Pasukanis). E' a queste domande che Benjamin intende rispondere con la sua lettura del «nuovo avvocato». Non si tratta, ovviamente, di una fase di transizione, che non perviene mai al fine cui dovrebbe condurre, né tanto meno di un processo di decostruzione infinita che, mantenendo il diritto in una vita spettrale, non riesce più a venirne a capo. Decisivo è qui che il diritto - non più praticato, ma studiato - non è la giustizia, ma solo la porta che conduce ad essa. Ad aprire un varco verso la giustizia è non la cancellazione, ma la disattivazione e l'inoperosità del diritto - cioè un altro uso di

esso. Precisamente ciò che la forza-di- - che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione formale - intende impedire. I personaggi di Kafka - ed è la ragione per cui essi c'interessano - hanno a che fare con questa figura spettrale del diritto nello stato di eccezione, cercano, ciascuno secondo la propria strategia, di «studiarla» e disattivarla, di «giocare» con essa.

Un giorno l'umanità giocherà col diritto, come i bambini giocano con gli oggetti fuori uso, non per restituirli al loro uso canonico, ma per liberarli definitivamente da esso. Ciò che si trova dopo il diritto, non è un valore d'uso più proprio e originale, precedente al diritto, ma un nuovo uso, che nasce soltanto dopo di esso. Anche l'uso, che si è contaminato col diritto, dev'essere liberato dal proprio valore. Questa liberazione è compito dello studio, o del gioco. E questo gioco studioso è il varco che permette di accedere a quella giustizia, che un frammento postumo di Benjamin definisce come uno stato del mondo in cui esso appare come un bene assolutamente inappropriabile e ingiuridificabile (Benjamin, 1992, p. 41).

5.

Festa, lutto, anomia

5.1 I romanisti e gli storici del diritto non sono finora riusciti a trovare una spiegazione soddisfacente per la singolare evoluzione semantica che porta il termine *iustitium* - designazione tecnica per lo stato di eccezione - ad acquisire il significato di lutto pubblico per la morte del sovrano o di un suo stretto congiunto. Con la fine della Repubblica, infatti, il *iustitium* come sospensione del diritto per far fronte a un tumulto cessa di esistere e il nuovo significato si sostituisce così perfettamente al vecchio, che perfino la memoria di questo austero istituto sembra scomparire del tutto. Alla fine del iv secolo d. C., il grammatico Charisius poteva così identificare puramente e semplicemente *iustitium* e *luctus publicus*. Ed è significativo che, dopo il dibattito suscitato dalle monografie di Nissen e Middel, gli studiosi moderni abbiano disatteso il problema del *iustitium* stato di eccezione, per concentrarsi unicamente sul *iustitium* lutto pubblico («le débat [...] fut assez vif, mais bientôt personne n'y pensa plus» ha potuto scrivere William Seston, evocando ironicamente il vecchio significato nel suo studio sul funerale di Germanico [Seston, 1962, ed. 1980, p. 155]). Ma in che modo un termine del diritto pubblico, che designava la sospensione del diritto nella situazione della più estrema necessità politica, ha potuto assumere il significato più anodino di cerimonia funebre per un lutto di famiglia?

In un ampio studio pubblicato nel 1980, Versnel ha cercato di rispondere a questa domanda allegando un'analogia tra la fenomenologia del lutto - qual è testimoniata nelle aree più diverse dai materiali antropologici - e i periodi di crisi politica, in cui regole e istituzioni sociali sembrano improvvisamente dissolversi. Come, nei periodi di anomia e di crisi, si assiste a

un collasso delle normali strutture sociali e a un dissesto dei ruoli e delle funzioni sociali che può spingersi fino alla completa inversione dei costumi e dei comportamenti culturalmente condizionati, allo stesso modo i periodi di lutto sono di solito caratterizzati da una sospensione e un'alterazione di tutti i rapporti sociali. «Chiunque definisce i periodi di crisi [...] come una temporanea sostituzione del disordine all'ordine, della natura alla cultura, del *chaos* al *cosmos*, dell'anomia all'eunomia, definisce implicitamente i periodi di lutto e le loro manifestazioni» (Versnel, 1980, p. 583). Secondo Versnel, che ripete qui le analisi di sociologi americani come Berger e Luckman, «tutte le società sono state edificate di fronte al *chaos*. La costante possibilità del terrore anomico viene attualizzata ogni volta che le legittimazioni che ricoprono la precarietà crollano o sono minacciate» (*ibid.*).

Non soltanto qui - con una evidente petizione di principio - l'evoluzione del *iustitium* da stato di eccezione a lutto pubblico è spiegata attraverso la somiglianza fra le manifestazioni del lutto e quelle dell'anomia, ma la ragione ultima di questa somiglianza è poi cercata nell'idea di un «terrore anomico», che caratterizzerebbe le società umane nel loro complesso. Tale concetto, altrettanto inadeguato a dar conto della specificità del fenomeno di quanto il *tremendum* e il *numinosum* della teologia marburghese potessero orientare una corretta comprensione del divino, rimanda, in ultima analisi, alle sfere più oscure della psicologia: «Gli effetti del lutto nel loro complesso (specialmente se si tratta di un capo o di un re) e la fenomenologia delle feste cicliche di transizione [...] corrispondono perfettamente alla definizione dell'anomia [...]». Ovunque assistiamo a un temporaneo capovolgimento dell'umano nel non-umano, del culturale nel naturale (visto come la sua controparte negativa), del *cosmos* nel *chaos* e dell'eunomia nell'anomia [...]. I sentimenti di dolore e di disorientamento e la loro espressione individuale e collettiva non sono ristretti a una cultura particolare o a un determinato modello culturale. A quanto pare, esse sono tratti intrinseci dell'umanità e della condizione umana, che trovano espressione soprattutto nelle situazioni marginali o liminari. Sarei pertanto incline a concordare con V. W. Turner, il quale, parlando di «eventi innaturali, o piuttosto anticulturali o

antistrutturali”, ha suggerito che “è probabile che Freud o Jung, ciascuno a suo modo, abbiano molto da dire per una comprensione di questi aspetti non-logici, non-razionali (ma non irrazionali) delle situazioni liminari”» *[ibid., p. 605]*.

✧ In questa neutralizzazione della specificità giuridica del *iustitium* attraverso la sua acritica riduzione psicologista, Versnel era stato preceduto da Durkheim, che, nella sua monografia su *Il suicidio* (1897), aveva introdotto il concetto di anomia nelle scienze umane. Definendo, accanto alle altre forme di suicidio, la categoria di «suicidio anomico», Durkheim aveva stabilito una correlazione fra la diminuzione dell'azione regolatrice della società sugli individui e l'aumento del tasso dei suicidi. Ciò equivaleva a postulare, come egli fa senza fornire alcuna spiegazione, un bisogno degli esseri umani di essere regolati nelle loro attività e nelle loro passioni: «E' caratteristico dell'uomo essere soggetto a un freno non fisico, ma morale, cioè sociale [...]. Tuttavia, quando la società è scossa, sia da una crisi dolorosa, sia da trasformazioni felici ma troppo improvvise, essa è momentaneamente incapace di esercitare quest'azione. Di qui la brusca ascesa della curva dei suicidi che abbiamo accertato [...]. L'anomia è, dunque, nelle società moderne, un fattore regolare e specifico di suicidio» (Durkheim, 1897, pp. 265-70).

Non soltanto, in questo modo, l'equazione fra anomia e angoscia è data per scontata (mentre, come vedremo, i materiali etnologici e folklorici sembrano mostrare il contrario), ma la possibilità che l'anomia abbia col diritto e con l'ordine sociale una relazione più intima e complessa è neutralizzata in anticipo.

5.2 Altrettanto insufficienti sono le conclusioni dello studio pubblicato qualche anno dopo da Seston. L'autore sembra rendersi conto del possibile significato politico del *iustitium*-lutto pubblico in quanto mette in scena e drammatizza il funerale del principe come stato di eccezione: «Nei funerali imperiali sopravvive il ricordo di una mobilitazione [...]. Inquadrando i riti funebri in una sorta di mobilitazione

generale, sospendendo gli affari civili e la vita politica normale, la proclamazione del *iustitium* tendeva a trasformare la morte di un uomo in una catastrofe nazionale, in un dramma in cui ciascuno era, volente o nolente, implicato» (Seston, 1962, pp. 171 sg.). Questa intuizione rimane, però, senza seguito e il nesso fra le due forme del *iustitium* è motivato presupponendo ancora una volta ciò che era da spiegare, e cioè attraverso un elemento luttuoso che sarebbe implicito fin dall'inizio nel *iustitium* (*ibid.*, p. 156).

E' merito di Augusto Fraschetti, nella sua monografia su Augusto, aver sottolineato il significato politico del lutto pubblico, mostrando che il legame fra i due aspetti del *iustitium* non sta in un preteso carattere luttuoso della situazione estrema o dell'anomia, ma nel tumulto cui può dar luogo il funerale del sovrano. Fraschetti ne rinviene l'origine nei violenti disordini che avevano accompagnato i funerali di Cesare, definiti significativamente «funerali sediziosi» (Fraschetti, 1990, p. 57). Come, in età repubblicana, il *iustitium* era la naturale risposta al tumulto, «attraverso una simile strategia, per cui i lutti della *domus Augusta* sono assimilati a catastrofi cittadine, si spiega l'omologazione del *iustitium* a lutto pubblico [...]. Il suo esito è che i *bona* e i *mala* di una sola famiglia diventano di pertinenza della *res publica*» (*ibid.*, p. 120). Fraschetti ha buon gioco nel mostrare come, coerentemente con questa strategia, a partire dalla morte del nipote Marcello, ogni apertura del mausoleo di famiglia doveva implicare per Augusto la proclamazione di un *iustitium*.

E' certamente possibile vedere nel *iustitium* - lutto pubblico nient'altro che il tentativo del principe di appropriarsi dello stato di eccezione, trasformandolo in un affare di famiglia. Ma la connessione è ancora più intima e complessa.

Si prenda, in Svetonio, la celebre descrizione della morte di Augusto a Nola il 19 agosto del 14 d. C. Il vecchio principe, circondato da amici e cortigiani, si fa portare uno specchio e, dopo essersi fatto pettinare i capelli e truccare le guance cadenti, sembra unicamente preoccupato di sapere se ha recitato bene il *mimus vitae*, la farsa della sua vita. E tuttavia, accanto a questa insistita metafora teatrale, egli continua ostinatamente e quasi petulantemente a chiedere (*identidem exquirens*) con quella che non è semplicemente una metafora

politica, *an iam de se tumultus foris fuisset*, se non vi fosse fuori un tumulto che lo concerneva. La corrispondenza fra anomia e lutto diventa comprensibile solo alla luce di quella fra morte del sovrano e stato di eccezione. Il nesso originale fra *tumultus* e *iustitium* è ancora presente, ma il tumulto coincide ora con la morte del sovrano, mentre la sospensione del diritto viene integrata nella cerimonia funebre. È come se il sovrano, che aveva inglobato nella sua «augusta» persona tutti i poteri eccezionali, dalla *tribunicia potestas perpetua all'imperium proconsolare maius et infinitum* ed era divenuto per così dire un *iustitium* vivente, mostrasse al momento della morte il suo intimo carattere anomico e vedesse tumulto e anomia liberarsi fuori di sé nella città. Come Nissen aveva intuito in una limpida formula (che è forse la fonte della tesi benjaminiana secondo cui lo stato di eccezione è diventato la regola), «le misure eccezionali scomparvero perché erano diventate la regola» (Nissen, 1877, p. 140). La novità costituzionale del principato può essere allora vista come una incorporazione dello stato di eccezione e dell'anomia direttamente nella persona del sovrano, che comincia a sciogliersi da ogni subordinazione al diritto per affermarsi come *legibus solutus*.

5.3 Questa natura intimamente anomica della nuova figura del potere supremo appare con chiarezza nella teoria del sovrano come «legge vivente» (*nomos empsychos*), che viene elaborata in ambito neopitagorico negli stessi anni che vedono l'affermarsi del principato. La formula *basileus nomos empsychos* si trova enunciata nel trattato di Diotogene sulla sovranità, che ci è stato parzialmente conservato da Stobeo e la cui rilevanza per l'origine della teoria moderna della sovranità non dev'essere sottovalutata. La consueta miopia filologica ha impedito all'editore moderno del trattato di scorgere l'ovvia connessione logica fra questa formula e il carattere anomico del sovrano, benché essa fosse affermata senza riserve nel testo. Il passo in questione - in parte corrotto e, tuttavia, perfettamente conseguente - si articola in tre punti: 1) «Il re è il più giusto [*dikaiotatos*] e il più giusto è il più legale [*nominotatos*]». 2) «Senza giustizia nessuno può essere re, ma la giustizia è senza legge [*aneu nomou dikaiosyne*]. l'inserzione

della negazione prima di *dikaiosyne*, proposta da Delatte, è filologicamente del tutto immotivata]». 3) «Il giusto è legittimo e il sovrano, divenuto causa del giusto, è una legge vivente» (Delatte L., 1942, p. 37).

Che il sovrano sia una legge vivente può solo significare che egli non è obbligato da essa, che la vita della legge coincide in lui con una integrale anomia. Diotogene lo spiega poco dopo con inequivocabile chiarezza: «Poiché il re ha un potere irresponsabile [*arkan anypeuthynon*] ed è egli stesso una legge vivente, egli somiglia a un dio fra gli uomini» (*ibid.*, p. 39). E tuttavia, proprio in quanto s'identifica con la legge, egli si mantiene in relazione con essa e si pone anzi come anomico fondamento dell'ordine giuridico. L'identificazione fra sovrano e legge rappresenta, cioè, il primo tentativo di affermare l'anomia del sovrano e, insieme, il suo legame essenziale con l'ordine giuridico. Il *nomos empsychos* è la forma originaria del nesso che lo stato di eccezione stabilisce tra un fuori e un dentro della legge e, in questo senso, esso costituisce l'archetipo della moderna teoria della sovranità.

La corrispondenza fra *iustitium* e lutto mostra qui il suo vero significato. Se il sovrano è un *nomos* vivente, se, per questo, anomia e *nomos* coincidono nella sua persona senza residui, allora l'anarchia (che, alla sua morte - quando, cioè, il nesso che la unisce alla legge viene reciso - minaccia di liberarsi nella città) dev'essere ritualizzata e controllata, trasformando lo stato di eccezione in lutto pubblico e il lutto in *iustitium*. All'indecidibilità di *nomos* e anomia nel corpo vivente del sovrano, corrisponde l'indecidibilità fra stato di eccezione e lutto pubblico nella città. Prima di assumere la forma moderna di una decisione sull'emergenza, la relazione fra sovranità e stato di eccezione si presenta nella forma di un'identità fra sovrano e anomia. Il sovrano, in quanto è una legge vivente, è intimamente *anomos*. Anche qui lo stato di eccezione è la vita - segreta e più vera - della legge.

✎ La tesi «il sovrano è una legge vivente» aveva trovato la sua prima formulazione nel trattato dello Pseudo-Archita *Sulla legge e la giustizia*, che ci è stato conservato da Stobeo insieme al trattato di Diotogene sulla sovranità. Che l'ipotesi di Gruppe,

secondo cui questi trattati sarebbero stati composti da un ebreo alessandrino nel I secolo della nostra era, sia o meno corretta, è certo che abbiamo a che fare con un insieme di testi che, sotto la copertura di categorie platoniche e pitagoriche, cercano di fondare una concezione della sovranità del tutto sciolta dalle leggi e, tuttavia, essa stessa fonte di legittimità. Nel testo dello Pseudo-Archita, ciò si esprime nella distinzione fra il sovrano (*basileus*), che è la legge, e il magistrato (*archon*), che si limita a osservarla. L'identificazione fra legge e sovrano ha come conseguenza la scissione della legge in una legge «vivente» (*nomos empsychos*) gerarchicamente superiore e in una legge scritta (*gramma*), ad essa subordinata: «Dico che ogni comunità si compone di un *archon* (il magistrato che comanda), di un comandato e, come terzo, delle leggi. Di queste, quella vivente è il sovrano (*ho men empsychos ho basileus*), quella inanimata è la lettera (*gramma*). La legge essendo l'elemento primo, il re è legale, il magistrato è conforme (alla legge), il comandato è libero e l'intera città è felice; ma se vi è deviazione, il sovrano è tiranno, il magistrato non è conforme alla legge e la comunità è infelice» (Delatte A., 1922, p. 84).

Con una complessa strategia, che non è senza analogie con la critica paolina del *nomos* ebraico (la prossimità è a volte anche testuale: Rm 3,21: *choris nomou dikaiosyne*; Diotogene: *aneu nomou dikaiosyne*; e nello Pseudo-Archita la legge è definita «lettera» - *gramma* - esattamente come in Paolo), elementi anomici vengono introdotti nella *polis* attraverso la persona del sovrano, senza apparentemente scalfire il primato del *nomos* (il sovrano è, infatti, «legge vivente»),

5.4 La segreta solidarietà fra l'anomia e il diritto viene alla luce in un altro fenomeno, che rappresenta una figura simmetrica e, in qualche modo, inversa rispetto al *iustitium* imperiale. Folkloristi e antropologi hanno da tempo familiarità con quelle feste periodiche - come le Anthesterie e i Saturnali del mondo classico e lo *charivari* e il carnevale del mondo medievale e moderno - caratterizzate da una sfrenata licenza e dalla sospensione e dal rovesciamento delle normali gerarchie giuridiche e sociali. Durante queste feste, che si ritrovano con

caratteri simili in epoche e culture diverse, gli uomini si travestono e si comportano da animali, i padroni servono gli schiavi, maschi e femmine si scambiano le parti e comportamenti delittuosi sono considerati leciti o, comunque, non punibili. Esse inaugurano, cioè, un periodo di anomia, che spezza e temporaneamente sovverte l'ordine sociale. Gli studiosi hanno da sempre avuto difficoltà a spiegare queste improvvise esplosioni anomiche all'interno di società ben ordinate e, soprattutto, la loro tolleranza da parte delle autorità tanto religiose che civili.

Contro l'interpretazione che le riconduceva ai cicli agrari legati al calendario solare (Mannhardt, Frazer) o a una funzione periodica di purificazione (Westermarck), Karl Meuli, con un'intuizione geniale, ha messo invece in relazione le feste anomiche con lo stato di sospensione della legge che caratterizza alcuni istituti giuridici arcaici, come la *Friedlosigkeit* germanica o la persecuzione del *vargus* nell'antico diritto inglese. In una serie di studi esemplari, egli ha mostrato come i disordini e le violenze minuziosamente elencate nelle descrizioni medievali dello *charivari* e di altri fenomeni anomici riproducano puntualmente le diverse fasi in cui si articolava il crudele rituale attraverso cui il *Friedlos* e il bandito venivano espulsi dalla comunità, le loro case scoperciate e distrutte, i pozzi avvelenati o resi salmastri. Le arlecchinate descritte nell'inaudito *chaliwali* nel *Roman de Fauvel* (*Li un montret son cul au vent, / Li autre rompet un auvent, L'un cassoit fenestres et huis, / L'autre getoi le sel ou puis, / L'un geroit le brun aus visages; / Trop estoient lès et sauvages*) cessano di apparire come parti di un innocente pandemonio e trovano l'una dopo l'altra il loro riscontro e il loro contesto proprio nella *Lex Baiuvariorum* o negli statuti penali delle città medievali. Lo stesso può dirsi per le molestie commesse nelle feste mascherate e nelle questue infantili, in cui i bambini punivano chi si sottraeva all'obbligo di donare con violenze di cui Halloween conserva appena il ricordo. «*Charivari* è una delle molteplici designazioni, diverse secondo i luoghi e i paesi, per un antico e largamente diffuso atto di giustizia popolare, che si svolgeva in forme simili se non uguali. Tali forme vengono usate nelle loro punizioni rituali anche dalle feste cicliche in maschera e da quelle loro estreme propaggini

che sono le questue tradizionali dei bambini. E' allora senz'altro possibile servirsene per l'interpretazione dei fenomeni del tipo *charivari*. Un'analisi più attenta mostra che quelle che sembravano a prima vista rozze e chiassose molestie sono in realtà ben definiti costumi tradizionali e forme giuridiche, attraverso le quali da tempo immemorabile venivano eseguiti il bando e la proscrizione» (Meuli, 1975, p. 473).

Se l'ipotesi di Meuli è corretta, l'«anarchia legale» delle feste anomiche non rimanda ad antichi riti agrari che in sé non spiegano nulla, ma porta alla luce in forma parodica l'anomia interna al diritto, lo stato di emergenza come pulsione anomica contenuta nel cuore stesso del *nomos*.

Le feste anomiche fanno, cioè, segno verso una zona in cui la massima soggezione della vita al diritto si rovescia in libertà e licenza e l'anomia più sfrenata mostra la sua parodica connessione col *nomos*: in altre parole, verso lo stato di eccezione effettivo come soglia di indifferenza fra anomia e diritto. Nella esibizione del carattere luttuoso di ogni festa e del carattere festoso di ogni lutto, diritto e anomia mostrano la loro distanza e, insieme, la loro segreta solidarietà. E' come se l'universo del diritto - e, più in generale, l'ambito dell'agire umano in quanto ha a che fare col diritto - si presentasse in ultima istanza come un campo di forze percorso da due tensioni coniugate e opposte: una che va dalla norma all'anomia e l'altra che dall'anomia conduce alla legge e alla regola. Di qui un doppio paradigma, che segna il campo del diritto con un'essenziale ambiguità: da una parte, una tendenza normativa in senso stretto, che mira a cristallizzarsi in un sistema rigido di norme, la cui connessione con la vita è, però, problematica, se non impossibile (lo stato perfetto di diritto, in cui tutto è regolato da norme); dall'altra, una tendenza anomica che sfocia nello stato di eccezione o nell'idea del

sovrano come legge vivente, in cui una forza-di- priva di norma agisce come pura inclusione della vita.

Le feste anomiche dramatizzano quest'irriducibile ambiguità dei sistemi giuridici e mostrano, insieme, che la posta in gioco nella dialettica fra queste due forze è la stessa relazione fra il diritto e la vita. Esse celebrano e riproducono parodicamente l'anomia attraverso cui la legge si applica al

caos e alla vita solo a patto di farsi essa stessa, nello stato di eccezione, vita e caos vivente. Ed è forse venuto il momento di provare a comprendere meglio la finzione costitutiva che, legando insieme norma e anomia, legge e stato di eccezione, assicura anche la relazione fra il diritto e la vita.

6.

Auctoritas e potestas

6.1 Nella nostra analisi dello stato di eccezione a Roma, avevamo omesso di chiedere che cosa stesse a fondamento del potere del senato di sospendere il diritto attraverso il *senatus consultum ultimum* e la conseguente proclamazione del *iustitium*. Chiunque fosse il soggetto abilitato a dichiarare il *iustitium*, è certo che in ogni caso esso è dichiarato *ex auctoritate patrum*. E' noto che il termine che designava a Roma la prerogativa più propria del senato non era, infatti, né *imperium*, né *potestas*, ma *auctoritas*: *auctoritas patrum* è il sintagma che definisce la funzione specifica del senato nella costituzione romana.

Con questa categoria di *auctoritas* - in particolare nella sua contrapposizione alla *potestas* - ci troviamo di fronte a un fenomeno la cui definizione, tanto nella storia del diritto quanto, più in generale, nella filosofia e nella teoria politica, sembra urtarsi con ostacoli e aporie quasi insormontabili. «E' particolarmente difficile - scriveva all'inizio degli anni cinquanta uno storico francese del diritto romano - riportare i vari aspetti giuridici della nozione di *auctoritas* a un concetto unitario» (Magdelain, 1990, p. 685) e, alla fine dello stesso decennio, Hannah Arendt poteva aprire il suo saggio *Che cos'è l'autorità?* osservando che essa era a tal punto «svanita dal mondo moderno» che, in assenza di una qualsiasi «autentica e indiscutibile» esperienza della cosa, «lo stesso termine è stato completamente oscurato da controversie e confusioni» (Arendt, 1961, p. 91). Non vi è, forse, miglior riprova di queste confusioni - e delle ambiguità che esse implicano - del fatto che Arendt intraprendesse la sua rivalutazione dell'autorità solo pochi anni dopo che Adorno e Else Frenkel-Brunswick avevano condotto il loro attacco frontale contro «la personalità

autoritaria». D'altra parte, denunciando con forza «l'identificazione liberale di autorità e tirannia» (*ibid.*, p. 97), Arendt non si rendeva probabilmente conto di condividere questa denuncia con un autore che le era certamente invisibile.

Nel 1931, in un opuscolo dal significativo titolo *Der Hüter der Verfassung* (il custode della costituzione) Carl Schmitt aveva cercato, infatti, di definire il potere neutrale del presidente del Reich nello stato di eccezione contrapponendo dialetticamente *auctoritas* e *potestas*. Con parole che anticipano le argomentazioni di Arendt, egli, dopo aver ricordato che sia Bodin sia Hobbes erano ancora in grado di apprezzare il significato della distinzione, lamentava invece «la mancanza di tradizione della moderna teoria dello Stato, che oppone autorità e libertà, autorità e democrazia fino a confondere l'autorità con la dittatura» (Schmitt, 1931, p. 137). Già nel 1928, nel suo trattato di diritto costituzionale, pur senza definire l'opposizione, Schmitt ne evocava «la grande importanza nella dottrina generale dello Stato» e rinviava per la sua determinazione al diritto romano («il senato aveva l'*auctoritas*, dal popolo invece si fanno discendere *potestas* e *imperium*» [Schmitt, 1928, p. 109]).

Nel 1968, in uno studio sull'idea di autorità pubblicato in una *Festschrift* per gli ottanta anni di Schmitt, uno studioso spagnolo, Jesus Fuyo, notava che la confusione moderna di *auctoritas* e *potestas* - «due concetti che esprimono il senso originario attraverso il quale il popolo romano ha concepito la sua vita comunitaria» (Fuyo, 1968, p. 212) - e il loro confluire nel concetto di sovranità «è stata la causa dell'inconsistenza filosofica della teoria moderna dello Stato»; e aggiungeva subito dopo che questa confusione «non è soltanto accademica, ma è iscritta nel processo reale che ha portato alla formazione dell'ordine politico del moderno» (*ibid.*, p. 213). È il senso di questa «confusione» iscritta nella riflessione e nella prassi politica dell'Occidente che dovremo ora cercare di comprendere.

✕ Che il concetto di *auctoritas* sia specificamente romano è opinione comune, così come stereotipo è il riferimento a Dione Cassio per provare la sua intraducibilità in greco. Ma Dione

Cassio, che era un ottimo conoscitore del diritto romano, non dice, come si suole ripetere, che il termine è impossibile da tradurre; egli dice, piuttosto, che esso non può essere tradotto *kathapax*, «una volta per tutte» (*helle -nisai auto kathapax adynaton esti* [Dio. Cass. 55, 3]). L'implicazione è, cioè, che esso debba essere reso in greco di volta in volta con termini diversi secondo i contesti, il che è ovvio, data l'ampia estensione del concetto. Dione non ha, dunque, in mente qualcosa come una specificità romana del termine, ma la difficoltà di ricondurlo a un significato unico.

6.2 La definizione del problema è complicata dal fatto che il concetto di *auctoritas* si riferisce a una fenomenologia giuridica relativamente ampia, che riguarda tanto il diritto privato che il diritto pubblico. Converrà iniziare dal primo la nostra analisi, per verificare poi se sia possibile ricondurre a unità i due aspetti.

In ambito privatistico, l'*auctoritas* è la proprietà dell'*auctor*, cioè della persona *sui iuris* (il *pater familias*) che interviene - pronunciando la formula tecnica *auctor fio* - per conferire validità giuridica all'atto di un soggetto che da solo non può porre in essere un atto giuridico valido. Così l'*auctoritas* del tutore rende valido l'atto dell'incapace e l'*auctoritas* del padre «autorizza», cioè rende valido, il matrimonio del figlio *in potestate*. In modo analogo, il venditore (in una *mancipatio*) è tenuto ad assistere l'acquirente per convalidare il suo titolo di proprietà nel corso di un processo di rivendicazione che l'opponere a un terzo.

Il termine deriva dal verbo *augeo*: *auctor* è *is qui auget*, colui che aumenta, accresce o perfeziona l'atto - o la situazione giuridica - di un altro. Nella sezione del suo *Vocabolario* dedicata al diritto, Benveniste ha cercato di mostrare che il significato originario del verbo *augeo* - che, in area indoeuropea, è significativamente apparentato a termini che esprimono la forza - non è semplicemente «accrescere qualcosa che già esiste», ma «produrre qualcosa dal proprio seno, far esistere» (Benveniste, 1969, vol. 2, p. 148). In verità, nel diritto classico, i due significati non sono in alcun modo contraddittori. Il mondo greco-romano, infatti, non conosce la

creazione *ex nihilo*, ma ogni atto di creazione implica sempre qualcos'altro, materia informe o essere incompleto, che si tratta di perfezionare e far crescere. Ogni creazione è sempre co-creazione, così come ogni autore è sempre co-autore. Come ha scritto efficacemente Magdelain, «l'*auctoritas* non basta a se stessa: sia che autorizzi, sia che ratifichi, essa suppone un'attività estranea che essa valida» (Magdelain, 1990, p. 685). E' allora come se, perché qualcosa possa esistere nel diritto, occorresse una relazione fra due elementi (o due soggetti): quello munito di *auctoritas* e quello che prende l'iniziativa dell'atto in senso stretto. Se i due elementi o i due soggetti coincidono, allora l'atto è perfetto. Se vi è, invece, fra di essi uno scarto o una sconnessione, occorre l'integrazione dell'*auctoritas* perché l'atto sia valido. Ma da dove proviene la «forza» dell'*auctor*? E che cos'è questo potere di *augere*?

È stato opportunamente notato che l'*auctoritas* non ha nulla a che fare con la rappresentanza, per cui gli atti compiuti dal mandatario o da un rappresentante legale si imputano al mandante. L'atto dell'*auctor* non si fonda su qualcosa come un potere giuridico di rappresentanza di cui egli è investito (rispetto al minore o all'incapace): esso scaturisce direttamente dalla sua condizione di *pater*. Allo stesso modo, l'atto del venditore, che interviene come *auctor* per difendere l'acquirente, non ha nulla a che fare con un diritto di garanzia in senso moderno. Pierre Noailles, che aveva cercato negli ultimi anni della sua vita di delineare una teoria unitaria dell'*auctoritas* nel diritto privato, ha potuto così scrivere che essa è «un attributo inerente alla persona e originariamente alla persona fisica [...], il privilegio che appartiene a un romano, nelle condizioni richieste, di servire da fondamento alla situazione giuridica creata da altri» (Noailles, 1948, p. 274). «Come tutte le potenze del diritto arcaico - egli aggiungeva - che fossero familiari, private o pubbliche, anche l'*auctoritas* era concepita secondo il modello unilaterale del diritto puro e semplice, senza obbligazione né sanzione» (*ibid.*). E tuttavia è sufficiente riflettere sulla formula *auctor fio* (e non semplicemente *auctor sum*) per rendersi conto che essa sembra implicare non tanto l'esercizio volontario di un diritto, quanto il realizzarsi di una potenza impersonale nella persona stessa dell'*auctor*.

6.3 Nel diritto pubblico, *Vauctoritas* designa, come abbiamo visto, la prerogativa più propria del senato. Soggetti attivi di questa prerogativa sono, pertanto, i *patres auctoritas patrum* e *patres auctores fiunt* sono formule comuni per esprimere la funzione costituzionale del senato. Gli storici del diritto, tuttavia, hanno sempre avuto difficoltà nel definire questa funzione. Già Mommsen osservava che il senato non ha un'azione propria, ma può agire solo in concorso con il magistrato o per integrare le decisioni dei comizi popolari, ratificando le leggi. Esso non può esprimersi senza essere interrogato dai magistrati e può soltanto chiedere o «consigliare» - *consultum* è il termine tecnico - senza che questo «consiglio» sia mai vincolante in modo assoluto. *Si eis videatur*, se ad essi (i magistrati) sembra opportuno, è la formula del senatoconsulto; nel caso estremo del senatoconsulto ultimo, la formula è appena più enfatica: *videant consules*. Mommsen esprime questo particolare carattere dell'*auctoritas* scrivendo che essa è «meno che un ordine e più che un consiglio» (Mommsen, 1969, p. 1034).

E' certo, in ogni modo, che l'*auctoritas* non ha nulla a che fare con la *potestas* o l'*imperium* dei magistrati o del popolo. Il senatore non è un magistrato, e quasi mai troviamo usato per i suoi «consigli» il verbo *iubere*, che definisce le decisioni dei magistrati o del popolo. E tuttavia, con una forte analogia con la figura dell'*auctor* nel diritto privato, l'*auctoritas patrum* interviene a ratificare e a rendere pienamente valide le decisioni dei comizi popolari. Una stessa formula [*auctor fio*] designa tanto l'azione del tutore che integra Patto del minore, che la ratifica senatoriale delle decisioni popolari. L'analogia non significa qui necessariamente che il popolo debba essere considerato come un minore rispetto al quale i *patres* agiscono come tutori: essenziale è, piuttosto, che anche in questo caso si ritrovi quella dualità di elementi che nella sfera del diritto privato definisce l'azione giuridica perfetta. *Auctoritas* e *potestas* sono chiaramente distinte e, tuttavia, esse formano insieme un sistema binario.

✧ La polemica fra gli studiosi che tendono a unificare sotto un unico paradigma l' *auctoritas patrum* e l'*auctor* del diritto privato si risolve agevolmente se si considera che l'analogia non concerne le singole figure, ma la struttura stessa della relazione fra i due elementi, la cui integrazione costituisce l'atto perfetto. Già Heinze, in uno studio del 1925, che ha esercitato una notevole influenza sui romanisti, definiva l'elemento comune fra il minore e il popolo con queste parole: «Il minore e il popolo sono decisi a obbligarsi in una certa direzione, ma il loro obbligo non può venire in essere senza la collabo-razione di un altro soggetto» (Heinze, 1925, p. 350). Non si tratta, cioè, di una supposta tendenza degli studiosi «a raffigurare il diritto pubblico sotto una luce privatistica» (Biscardi, 1987, p. 119), ma di un'analogia strutturale che concerne, come vedremo, la natura stessa del diritto. La validità giuridica non è un carattere originario delle azioni umane, ma dev'essere comunicata ad essi attraverso una «potenza che accorda la legittimità» (Magdelain, 1990, p. 686).

6.4 Cerchiamo di definire meglio la natura di questa «potenza che accorda la legittimità», nella sua relazione alla *potestas* dei magistrati e del popolo. I tentativi di cogliere questa relazione non hanno tenuto conto proprio di quella figura estrema dell' *auctoritas* che è in questione nel senatoconsulto ultimo e nel *iustitium*. Il *iustitium* - lo abbiamo visto - produce una vera e propria sospensione dell'ordine giuridico. In particolare, i consoli sono ridotti alla condizione di privati cittadini (*in privato abditi*), mentre ogni privato agisce come se fosse rivestito di un *imperium*. Con simmetria inversa, nel 211 a. C., all'avvicinarsi di Annibaie, un senatoconsulto resuscita l'*imperium* degli ex dittatori, consoli e censori (*placuit omnes qui dictatores, consules censorsve fuissent cum imperio esse, donec recessisset amuris hostis* [Liv. 26,10, 9]). Nel caso estremo - cioè quello che meglio la definisce, se è vero che sono sempre l'eccezione e la situazione estrema a definire il carattere più proprio di un istituto giuridico - l'*auctoritas* sembra agire come una forza che sospende la *potestas* dove essa aveva luogo e la riattiva dove essa non era più in vigore. Essa è un potere che sospende o riattiva il diritto, ma non vige

formalmente come diritto.

Questa relazione - insieme di esclusione e di supplementazione - fra *auctoritas* e *potestas* si ritrova anche in un altro istituto, il cui l'*auctoritas patrum* mostra ancora una volta la sua funzione peculiare: l'*Interregnum*. Anche dopo la fine della monarchia, quando, per morte o per qualunque altra ragione, non vi fosse più nella città alcun console né alcun altro magistrato (tranne i rappresentanti della plebe), i *patres auctores* (cioè, il gruppo dei senatori che appartenevano a una famiglia consolare, in opposizione ai *patres conscripti*) nominavano un *interrex*, che assicurava la continuità del potere. La formula usata era: *res publica ad patres redit o auspicia ad patres redeunt*. Come ha scritto Magdelain, «durante l'interregno, la costituzione è sospesa [...]. La Repubblica è senza magistrati, senza senato, senza assemblee popolari. Allora il gruppo senatoriale dei *patres* si riunisce e nomina sovranamente il primo *interrex*, che nomina a sua volta il proprio successore» (Magdelain, 1990, pp. 359 sg.). L'*auctoritas* mostra anche qui la sua connessione con la sospensione della *potestas* e, insieme, la sua capacità di assicurare in circostanze eccezionali il funzionamento della Repubblica. Ancora una volta, questa prerogativa compete immediatamente ai *patres auctores* come tali. Il primo *interrex* non è, infatti, investito come magistrato di un *imperium*, ma dei soli *auspicia* (*ibid.*, p. 356); e Appio Claudio, nel rivendicare contro i plebei l'importanza degli *auspicia*, afferma che essi appartengono ai *patres privatim*, a titolo personale ed esclusivo: *nobis adeo propria sunt auspicia, ut [...] privatim auspicia habeamus* (Liv. 6, 41, 6). Il potere di riattivare la *potestas* vacante non è un potere giuridico ricevuto dal popolo o da un magistrato, ma scaturisce immediatamente dalla condizione personale dei *patres*.

6.5 Un terzo istituto in cui l'*auctoritas* mostra la sua specifica funzione di sospensione del diritto, è la *hostis iudicatio*. In situazioni eccezionali, in cui un cittadino romano minacciava, attraverso cospirazione o tradimento, la sicurezza della repubblica, egli poteva essere dichiarato dal senato *hostis*, nemico pubblico. Lo *hostis iudicatus* non era semplicemente

equiparato a un nemico straniero, lo *hostis alienigena*, perché questi era pur sempre protetto dallo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); egli era, piuttosto, radicalmente privato di ogni statuto giuridico e poteva pertanto essere in qualsiasi momento spogliato dei suoi beni e messo a morte. A essere sospeso dall'*auctoritas* non è qui semplicemente l'ordine giuridico, ma lo *ius civis*, lo statuto stesso del cittadino romano.

La relazione - insieme antagonistica e suppletiva - fra *auctoritas* e *potestas* si mostra infine in una particolarità terminologica che Mommsen è stato il primo a notare. Il sintagma *senatus auctoritas* è usato in senso tecnico per designare quel senatoconsulto che, in quanto è stata ad esso opposta una *intercessio*, è privo di effetti giuridici e non può, quindi, in nessun caso essere eseguito (anche se veniva come tale trascritto agli atti, *auctoritas perscripta*). L'*auctoritas* del senato appare, cioè, nella sua forma più pura e perspicua quando è stata invalidata dalla *potestas* di un magistrato, quando vive come mera scrittura in assoluta opposizione alla vigenza del diritto. L'*auctoritas* mostra qui per un attimo la sua essenza: la potenza che può, insieme, «accordare la legittimità» e sospendere il diritto esibisce il suo carattere più proprio nel punto della sua massima inefficacia giuridica. Essa è ciò che resta del diritto se si sospende integralmente il diritto (in questo senso, nella lettura benjaminiana dell'allegoria kafkiana, non diritto, ma vita, diritto che s'indetermina in ogni punto con la vita).

6.6 È, forse, nell'*auctoritas principis* - nel momento, cioè, in cui Augusto, in un celebre passo delle *Res gestae*, rivendica l'*auctoritas* come fondamento del proprio statuto di *princeps* - che possiamo comprendere meglio il senso di questa singolare prerogativa. È significativo che proprio la pubblicazione nel 1924 del *Monumentum Antiochenum*, che permetteva una più esatta ricostruzione del passo in questione, coincida con la rinascita degli studi moderni sull'*auctoritas*. Di che cosa si trattava in sostanza? Di una serie di frammenti di un'iscrizione latina che conteneva un passo del capitolo 34 delle *Res gestae* che, nella sua integrità, era attestato solo nella versione greca.

Mommsen aveva ricostruito il testo latino in questi termini:

post id tempus praestiti omnibus dignitate (axiomati), *potestatis autem nihil amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae*. L'iscrizione antiochena mostrava che Augusto aveva scritto non *dignitate*, ma *auctoritate*. Commentando nel 1925 il nuovo dato, Heinze scriveva: «Noi filologi dovremmo vergognarci tutti, per aver seguito ciecamente l'autorità di Mommsen: la sola possibile antitesi alla *potestas*, cioè al potere giuridico di un magistrato, era, in questo passo, non *dignitas*, ma *auctoritas*» (Heinze, 1925, p. 348).

Come spesso avviene e come, del resto, gli studiosi non mancarono di osservare, la riscoperta del concetto (nei dieci anni successivi apparvero non meno di quindici importanti monografie sull' *auctoritas*) andava di pari passo al peso crescente che il principio autoritario stava assumendo nella vita politica delle società europee. «*Auctoritas* - scriveva nel 1937 uno studioso tedesco -, cioè il concetto fondamentale nel diritto pubblico nei nostri moderni Stati autoritari, è non solo secondo la lettera, ma anche dal punto di vista del contenuto, comprensibile solo a partire dal diritto romano dell'età del principato» (Wenger, 1937-39, vol. I, p.152). E, tuttavia, è possibile che questo nesso fra il diritto romano e la nostra esperienza politica sia precisamente ciò che ci resta ancora da indagare.

6.7 Se torniamo ora al passo delle *Res gestae*, decisivo è che qui Augusto definisca la specificità del suo potere costituzionale non nei termini certi di una *potestas*, che egli dichiara di condividere con coloro che gli sono colleghi nella magistratura, ma in quelli, più vaghi, di una *auctoritas*. Il senso del nome «Augusto», che il senato gli conferì il 16 gennaio 27, coincide integralmente con questa rivendicazione: esso proviene dalla stessa radice di *augeo* e di *auctor* e, come nota Dione Cassio, «non significa una *potestas* [*dynamis*] [...] ma mostra lo splendore dell'*auctoritas* [*ten tou axiomatos lamproteta*]» (53, 18, 2).

Nell'editto del 13 gennaio dello stesso anno, in cui dichiara la sua intenzione di restaurare la costituzione repubblicana, Augusto si definisce *optimi status auctor*. Come ha acutamente

osservato Magdelain, qui il termine *auctor* non ha il significato generico di «fondatore», ma quello tecnico di «garante in una *mancipatio*». Poiché Augusto concepisce la restaurazione repubblicana come un trasferimento della *res publica* dalle sue mani a quelle del popolo e del senato (cfr. *Res gestae*, 34, 1), è possibile che «dans la formule *auctor optimi status* [...] le terme d'*auctor* ait un sens juridique assez précis et renvoie à l'idée de transfert de la *res publica* [...]. Auguste serait ainsi l' *auctor* des droits rendus au peuple et au Sénat, de même que, dans la *mancipatio*, le *mancipio dans* est l'*auctor* de la puissance acquise, sur l'objet transféré, par le *mancipio accipens*» (Magdelain, 1947, p. 57).

In ogni caso il principato romano, che noi siamo abituati a definire attraverso un termine - imperatore - che rimanda all'*imperium* del magistrato, non è una magistratura, ma una forma estrema dell' *auctoritas*. Heinze ha puntualmente definito questa contrapposizione: «Ogni magistratura è una forma prestabilita, nella quale il singolo entra e che costituisce la fonte del suo potere; al contrario, l'*auctoritas* scaturisce dalla persona, come qualcosa che si costituisce attraverso di essa, vive soltanto in essa e con essa scompare» (Heinze, 1925, p. 356). Se Augusto riceve dal popolo e dal senato tutte le magistrature, l'*auctoritas* è invece legata alla sua persona e lo costituisce come *auctor optimi status*, come colui che legittima e garantisce l'intera vita politica romana.

Di qui il particolare statuto della sua persona, che si traduce in un fatto la cui importanza non è stata ancora pienamente apprezzata dagli studiosi. Dione Cassio (55, 12, 5) ci informa che Augusto «rese pubblica tutta la sua casa [*ten oikian edemiosen pasan*][...] in modo da abitare nello stesso tempo in pubblico e in privato [*hin en tois idiots hama kai en tois koinois oikoie*]». E' l'*auctoritas* che egli incarna, e non le magistrature di cui egli è stato investito, a rendere impossibile isolare in lui qualcosa come una vita e una *domus* private. Nello stesso senso si deve interpretare il fatto che nella casa di Augusto sul Palatino viene dedicato un *signum* a Vesta. Frascchetti ha opportunamente osservato che, data la stretta connessione fra culto di Vesta e culto dei Penati pubblici del popolo romano, ciò significava che i Penati della famiglia di Augusto si identificavano con quelli del popolo romano e che

pertanto «i culti privati di una famiglia [...] e culti per eccellenza comunitari in ambito cittadino (quello di Vesta e dei Penati pubblici del popolo romano) nella casa di Augusto sembrerebbero di fatto potersi omologare» (Fraschetti, 1990, p. 359). La vita «augusta» non è più definibile, come quella dei comuni cittadini, attraverso l'opposizione pubblico/privato.

✧ E in questa luce che andrebbe riletta la teoria kantorowicziana dei due corpi del re, per apportarvi alcune precisazioni. Kantorowicz, che sottovaluta in generale l'importanza del precedente romano della dottrina che egli cerca di ricostruire per le monarchie inglese e francese, non mette in relazione la distinzione fra *auctoritas* e *potestas* col problema dei due corpi del re e col principio *dignitas non moritur*. Eppure è proprio perché il sovrano era innanzi tutto l'incarnazione di una *auctoritas* e non soltanto di una *potestas*, che l'*auctoritas* si era così strettamente legata alla sua persona fisica da rendere necessario il complicato cerimoniale della confezione di un doppio cereo del sovrano nel *funus imaginarium*. La fine di una magistratura come tale non implica in alcun modo un problema di corpi: un magistrato succede a un altro senza bisogno di presupporre l'immortalità della carica. Solo perché il sovrano, a partire dal *princeps* romano, esprime nella sua stessa persona una *auctoritas*, solo perché, nella vita «augusta», pubblico e privato sono entrati in una zona di assoluta indistinzione, diventa necessario distinguere due corpi per assicurare la continuità della *dignitas* (che è semplicemente sinonimo di *auctoritas*).

Per comprendere fenomeni moderni come il Duce fascista e il *Führer* nazista è importante non dimenticare la loro continuità col principio dell'*auctoritas principis*. Come abbiamo già osservato, né il Duce né il *Führer* rappresentano delle magistrature o delle cariche pubbliche costituzionalmente definite - anche se Mussolini e Hitler rivestivano rispettivamente la carica di capo del governo e quella di cancelliere del Reich, come Augusto rivestiva l'*imperium consolare* o la *potestas tribunicia*. Le qualità di Duce o di *Führer* sono legate immediatamente alla persona fisica e appartengono alla tradizione biopolitica del-l'*auctoritas* e non a

quella giuridica della *potestas*.

6.8 E' significativo che gli studiosi moderni siano stati così pronti a raccogliere la pretesa dell '*auctoritas* di inerire immediatamente alla persona vivente del *pater* o del *princeps*. Quella che era con ogni evidenza una ideologia o una *factio* che doveva fondare la preminenza o, comunque, il rango specifico dell'*auctoritas* rispetto alla *potestas*, diventa così una figura dell'immanenza del diritto alla vita. Non è un caso che ciò avvenga proprio negli anni in cui in Europa il principio autoritario conosceva una inaspettata rinascita attraverso il fascismo e il nazionalsocialismo. Benché fosse evidente che non vi può essere qualcosa come un tipo umano eterno, che s'incarna di volta in volta in Augusto, Napoleone o Hitler, ma soltanto dispositivi giuridici più o meno simili - lo stato di eccezione, il *iustitium*, l'*auctoritas principis*, il *Führertum* -che vengono usati in circostanze più o meno diverse, negli anni trenta, soprattutto - ma non solo - in Germania, il potere che Weber aveva definito «carismatico» viene collegato col concetto di *auctoritas* ed elaborato in una dottrina del *Führertum* come potere originario e personale di un capo. Nel 1933, in un breve articolo che cerca di delineare i concetti fondamentali del nazionalsocialismo, Schmitt definisce così il principio della *Führung* attraverso «l'identità di stirpe fra capo e seguito» (da notare la ripresa dei concetti weberiani). Nel 1938 viene pubblicato il libro del giurista berlinese Heinrich Triepel *Die Hege-monie*, che Schmitt si affretta a recensire. Nella prima sezione, il libro espone una teoria del *Führertum* come autorità fondata non su un ordinamento preesistente, ma su un carisma personale. Il *Führer* è definito attraverso categorie psicologiche (volontà energica, cosciente e creatrice) e la sua unità col gruppo sociale e il carattere originario e personale del suo potere sono fortemente sottolineati.

Ancora nel 1947, l'anziano romanista Pietro De Francisci pubblica *Arcana imperii*, che dedica ampio spazio all'analisi del «tipo primario» di potere che egli, cercando con una sorta di eufemismo di prendere le distanze dal fascismo, definisce *ductus* (e *ductor* il capo in cui s'incarna). De Francisci trasforma la tripartizione weberiana del potere (tradizionale, legale,

carismatico) in una dicotomia, calcata sull'opposizione autorità/potestà. L'autorità del *ductor* o del *Führer* non può mai essere derivata, ma è sempre originaria e scaturisce dalla sua persona; essa, inoltre, non è, nella sua essenza, coercitiva, ma si fonda, come già Triepel aveva mostrato, sul consenso e sul libero riconoscimento di una «superiorità di valore».

Né Triepel né De Francisci, che pure avevano sotto gli occhi le tecniche di governo naziste e fasciste, sembrano rendersi conto che l'apparenza di originarietà del potere che essi descrivono deriva dalla sospensione o dalla neutralizzazione dell'ordine giuridico - cioè, in ultima istanza, dallo stato di eccezione. Il «carisma» - come il suo riferimento (in Weber perfettamente consapevole) alla *charis* paolina avrebbe potuto suggerire - coincide con la neutralizzazione della legge e non con una figura più originaria del potere. .

In ogni caso, ciò che i tre autori sembrano dare per scontato è che il potere autoritario-carismatico scaturisce quasi magicamente dalla persona stessa del *Führer*. La pretesa del diritto di coincidere in un punto eminente con la vita non poteva essere affermata con più forza. In questo senso la dottrina dell' *auctoritas* convergeva almeno in parte con la tradizione del pensiero giuridico che vedeva il diritto come, in ultima analisi, identico alla vita o immediatamente articolato ad essa. Al motto di Savigny («Il diritto non è che la vita considerata da un punto di vista particolare») faceva riscontro nel Novecento la tesi di Rudolph Smend secondo cui «la norma riceve il suo fondamento di validità [*Geltungsgrund*], la sua specifica qualità e il senso della sua validità dalla vita e dal senso che ad essa è attribuito, come, all'inverso, la vita deve essere compresa solo a partire dal suo senso vitale [*Lebensinn*] normato e assegnato» (Smend, 1954, p. 300). Come, nell'ideologia romantica, qualcosa come una lingua diventava pienamente comprensibile solo nella sua relazione immediata con un popolo (e viceversa), così diritto e vita devono implicarsi strettamente in una reciproca fondazione. La dialettica di *auctoritas* e *potestas* esprimeva appunto questa implicazione (in questo senso si può parlare di un originario carattere biopolitico del paradigma dell'*auctoritas*) . La norma può applicarsi al caso normale e può essere sospesa senza annullare integralmente l'ordine giuridico, perché nella forma

dell' *auctoritas* o della decisione sovrana, essa si riferisce immediatamente alla vita, scaturisce da essa.

6.9 E' forse possibile a questo punto volgersi a guardare il cammino fin qui percorso per trarre qualche provvisoria conclusione dalla nostra indagine sullo stato di eccezione. Il sistema giuridico dell'Occidente si presenta come una struttura doppia, formata da due elementi eterogenei e, tuttavia, coordinati: uno normativo e giuridico in senso stretto - che possiamo qui iscrivere per comodità sotto la rubrica *potestas* - e uno anomico e metagiuridico - che possiamo chiamare col nome di *auctoritas*.

L'elemento normativo ha bisogno di quello anomico per potersi applicare, ma, d'altra parte, l'*auctoritas* può affermarsi solo in una relazione di validazione o di sospensione della *potestas*. In quanto risulta dalla dialettica fra questi due elementi in certa misura antagonistici, ma funzionalmente connessi, l'antica dimora del diritto è fragile e, nella sua tensione verso il mantenimento del proprio ordine, sempre già in atto di rovinare e corrompersi. Lo stato di eccezione è il dispositivo che deve, in ultima istanza, articolare e tenere insieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e *nomos*, fra vita e diritto, fra *auctoritas* e *potestas*. Esso si fonda sulla finzione essenziale per cui l'anomia - nella forma dell'*auctoritas*, della legge vivente o della forza-di-legge - è ancora in relazione con l'ordine giuridico e il potere di sospendere la norma è in presa immediata sulla vita. Finché i due elementi permangono correlati, ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti - come nella Roma repubblicana nella contrapposizione fra senato e popolo o nell'Europa medievale in quella fra potere spirituale e potere temporale -, la loro dialettica - ancorché fondata su una finzione - può tuttavia in qualche modo funzionare. Ma quando essi tendono a coincidere in una sola persona, quando lo stato di eccezione, in cui essi si legano e si indeterminano, diventa la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale.

6.10 Scopo di questa indagine - nell'urgenza dello stato di eccezione «in cui viviamo» - era di portare alla luce la finzione che governa questo *arcanum imperii* per eccellenza del nostro tempo. Ciò che l'«arca» del potere contiene al suo centro è lo stato di eccezione - ma questo è essenzialmente uno spazio vuoto, in cui un'azione umana senza rapporto col diritto ha di fronte una norma senza rapporto con la vita.

Ciò non significa che la macchina, col suo centro vuoto, non sia efficace; al contrario, quel che abbiamo inteso mostrare è precisamente che essa ha continuato a funzionare quasi senza interruzione a partire dalla prima guerra mondiale, attraverso fascismo e nazionalsocialismo, fino ai nostri giorni. Lo stato di eccezione ha anzi raggiunto oggi il suo massimo dispiegamento planetario. L'aspetto normativo del diritto può essere così impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale che, ignorando, all'esterno, il diritto internazionale e producendo, all'interno, uno stato d'eccezione permanente, pretende tuttavia di stare ancora applicando il diritto.

Non si tratta, naturalmente, di riportare lo stato di eccezione nei suoi limiti temporalmente e spazialmente definiti, per riaffermare il primato di una norma e di diritti che, in ultima istanza, hanno in esso il proprio fondamento. Dallo stato di eccezione effettivo in cui viviamo non è possibile il ritorno allo stato di diritto, poiché in questione ora sono i concetti stessi di «stato» e di «diritto». Ma se è possibile provarsi ad arrestare la macchina, esibirne la finzione centrale, ciò è perché fra violenza e diritto, fra la vita e la norma non vi è alcuna articolazione sostanziale. Accanto al movimento che cerca di mantenerli a ogni costo in relazione, vi è un contromovimento che, operando in senso inverso nel diritto e nella vita, cerca ogni volta di sciogliere ciò che è stato artificiosamente e violentemente legato. Nel campo di tensione della nostra cultura agiscono, cioè, due forze opposte: una che istituisce e pone e una che disattiva e depone. Lo stato di eccezione è il punto della loro massima tensione e, insieme, ciò che, coincidendo con la regola, minaccia oggi di renderle indiscernibili. Vivere nello stato di eccezione significa fare esperienza di entrambe queste possibilità e tuttavia, separando

ogni volta le due forze, incessantemente provarsi a interrompere il funzionamento della macchina che sta conducendo l'Occidente verso la guerra civile mondiale.

6.11 Se è vero che l'articolazione fra vita e diritto, anomia e *nomos* prodotta dallo stato di eccezione è efficace, ma fittizia, non si può, tuttavia, trarre da ciò la conseguenza che, al di là o al di qua dei dispositivi giuridici, si dia da qualche parte un accesso immediato a ciò di cui essi rappresentano la frattura e, insieme, l'impossibile composizione. Non vi sono, *prima*, la vita come dato biologico naturale e l'anomia come stato di natura e, *poi*, la loro implicazione nel diritto attraverso lo stato di eccezione. Al contrario, la stessa possibilità di distinguere vita e diritto, anomia e *nomos* coincide con la loro articolazione nella macchina biopolitica. La nuda vita è un prodotto della macchina e non qualcosa che preesiste ad essa, così come il diritto non ha alcuna assise nella natura o nella mente divina. Vita e diritto, anomia e *nomos*, *auctoritas* e *potestas* risultano dalla frattura di qualcosa a cui non abbiamo altro accesso che attraverso la finzione della loro articolazione e il paziente lavoro che, smascherando questa finzione, separa ciò che si era preteso di unire. Ma il disincanto non restituisce l'incantato al suo stato originario: secondo il principio per cui la purezza non è mai nell'origine, esso gli dà soltanto la possibilità di accedere a una nuova condizione.

Esibire il diritto nella sua non-relazione alla vita e la vita nella sua non-relazione al diritto significa aprire fra di essi uno spazio per l'azione umana, che un tempo rivendicava per sé il nome di «politica». La politica ha subito una durevole eclisse perché si è contaminata col diritto, concependo se stessa nel migliore dei casi come potere costituente (cioè violenza che pone il diritto), quando non si riduce semplicemente a potere di negoziare col diritto. Veramente politica è, invece, soltanto quell'azione che recide il nesso fra violenza e diritto. E soltanto a partire dallo spazio che così si apre sarà possibile porre la domanda su un eventuale uso del diritto dopo la disattivazione del dispositivo che, nello stato di eccezione, lo legava alla vita. Avremo allora di fronte un diritto «puro», nel senso in cui Benjamin parla di una lingua «pura» e di una «pura» violenza.

A una parola non obbligatoria, che non comanda né proibisce nulla, ma dice soltanto se stessa, corrisponderebbe un'azione come mezzo puro che mostra soltanto se stessa senza relazione a uno scopo. E, tra le due, non un perduto stato originario, ma soltanto l'uso e la prassi umana che le potenze del diritto e del mito avevano cercato di catturare nello stato di eccezione.

Riferimenti bibliografici

N.B. Le traduzioni italiane esistenti sono indicate solo nei casi in cui siano state effettivamente utilizzate. Ad esse rinviano le pagine indicate nel testo.

Arangio-Ruiz, G.

1972 *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Bocca, Milano (1^a ed. 1913).

Arendt, H.

1961 *Between Past and Future*, Viking, New York.

Balladore-Pallieri, G.

1970 *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Bengel, J. A.

1734 *Vorrede zur Handausgabe des griechischen N.T.*

Benjamin, W.

1921 *Zur Kritik der Gewalt*, in Id., *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1972-1989⁰¹. 2.1.

1928 *Ursprung des deutschen Trauerspiel*, *ibid.*, vol. 1.1 (e vol. 1.3). 1931 *Karl Kraus*, *ibid.*, vol. 2.1.

1934 *Franz Kafka*, *ibid.*, vol. 2.2.

1942 *Über den Begriff der Geschichte*, *ibid.*, vol. 1.2.

1966 *Briefe*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1966, 2 voll.

1992 *Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit*, in «Frankfurter Adorno Blätter», 4, 1992.

Benveniste, E.

1969 *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, Paris, 2 voll.

Biscardi, A.

1987 *Auctoritas patrum: problemi di storia del diritto pubblico romano*, Jovene, Napoli.

Bredenkamp, H.

1998 *Von W. Benjamin zu C. Schmitt*, in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», 46.

Delatte, A.

- 1922 *Essûi sur la politique pythagoricienne*, Liège, Paris.
Delatte, L.
- 1942 *Les Traités de la royauté de Ecphante, Diotogène et Sthénidas*, Droz, Paris.
De Martino, F.
- 1973 *Storia della costituzione romana*, Jovene, Napoli.
Derrida, J.
- 1994 *Force de loi*, Galilée, Paris (trad. it. *Forza di legge*, Bollati Borin-ghieri, Torino 2003).
Drobisch, K. e Wieland, G.
- 1993 *System der NS-Konzentrationslager 19)3-1939*, Akademie, Berlin.
Duguit, L.
- 1930 *Traité de Droit constitutionnel*, vol. 3, de Bocard, Paris.
Durkheim, E.
- 1897 *Le Suicide. Etude de sociologie*, Alcan, Paris (trad. it. *Il suicidio. Studio di sociologia*, Rizzoli, Milano 1987).
Ehrenberg, V.
- 1924 *Monumentum Antiochenum*, in «Klio», 19, pp. 200 sg.
Fontana, A.
- 1999 *Ou droit de résistance au devoir d'insurrection*, in J.-C. Zancarini (a cura di), *Le Droit de résistance*, ENS, Paris.
Fraschetti, A.
- 1990 *Koma e il principe*, Laterza, Roma-Bari.
Fresa, C.
- 1981 *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, CEDAM, Padova.
Friedrich, C.J.
- 1941 *Constitutional Government and Democracy*, Ginn, Boston 1950 (2^a ed. riv.; trad. it. *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza s.d.).
Fueyo, J.
- 1968 *Die Idee des «auctoritas»: Genesis und Entwicklung*, in H. Barion (a cura di), *Epinhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Duncker & Hum-blot, Berlin.
Gadamer, H.-G.
- 1960 *Wahrheit und Methode*, Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 1983).
Hatschek, J.
- 1923 *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Stilke, Berlin.

- Heinze, R.
1925 *Auctoritas*, in «Hermes», 60, pp. 348 sg.
Köhler, J.
1915 *Not kennt kein Gebot*, Rothschild, Berlin-Leipzig.
Magdelain, A.
1947 *Auctoritas principis*, Beiles Lettres, Paris.
1990 *Ius Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain*, Ecole française de Rome, Roma.
Mathiot, A.
1956 *La théorie des circonstances exceptionnelles*, in *Mélanges Mestre*, Paris.
Meuli, K.
1975 *Gesammelte Schriften*, Schwabe, Basel-Stuttgart, 2 voll.
Middel, A.
1887 *De iustitio deque aliis quibusdam iuris publici romani notionibus*, Mindae.
Mommsen, T.
1969 *Römisches Staatsrecht*, Akademische Druck, Graz, 3 voll. (rist. ed. Berlin 1871).
Nissen, A.
1877 *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Gebhardt, Leipzig.
Noailles, P.
1948 *Fasetlus. Etudes de droit romain*, Belles Lettres, Paris.
Plaumann, G.
1913 *Das sogenannte Senatus consultum ultimum, die Quasidiktatur der späteren römischen Republik*, in «Klio», 13.
Quadri, G.
1979 *La forza di legge*, Giuffrè, Milano.
Reinach, T.
188g *De l'état de siège. Etude historique et juridique*, Pichon, Paris.
Romano, S.
1909 *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico» (ora in Id., *Scritti minori*, voi. x, Giuffrè, Milano 1990).
1983 *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano (rist. inalterata).
Roosevelt, F. D.

- 1938 *The Public Papers and Addresses*, vol. 2, Random House, New York.
- Rossiter, C. L.
- 1948 *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Harcourt Brace, New York.
- Saint-Bonnet, F.
- 2001 *L'État d'exception*, PUF, Paris.
- Schmitt, C.
- 1921 *Die Diktature*, Duncker & Humblot, München-Leipzig.
- 1922 *Politische Theologie*, München.
- 1928 *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig.
- 1931 *Der Hüter der Verfassung*, Mohr, Tübingen.
- 1991 *Staat Grossraum Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Schnur, R.
- 1983 *Revolution und Weltbürgerkrieg*, Duncker & Humblot, Berlin (trad. it. *Rivoluzione e guerra civile*, Giuffrè, Milano 1986).
- Schütz, A.
- 1995 *L'immaculée conception de l'interprete et l'emergence du système juridique: à propos de fiction et construction en droit*, in «Droits »,21.
- Seston, W.
- 1962 *Les chevaliers romains et le iustitium de Germanicus*, in «Revue historique du droit français et étranger» (ora in Id., *Scripta varia*, École française de Rome, Roma 1980).
- Smend, R.
- 1954 *Integrationslehre*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*.
- Taubes, J.
- 1987 *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung*, Merve, Berlin.
- Tingsten, H.
- 1934 *Les Fleins pouvoirs. L'expansion de pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Stock, Paris.
- Versnel, H. S.
- 1980 *Destruction, dévotion and despair in a situation of anomy: the mourning of Germanicus in triple perspective*, in *Perennitas. Studi in onore di Angelo Brelich*, Edizioni dell'Ateneo, Roma.

Viesel, H.

1988 (a cura di), *Jawhol, Herr Schmitt. Zehn Briefe aus Plettenberg, Support*, Berlin.

Wagenvoort, H.

1947 *Roman Dynamism*, Blackwell, Oxford.

Watkins, F. M.

1940 *The Problem of Constitutional Dictatorship*, in «Public Policy».

Weber, S.

1992 *Taking exception to decision. W. Benjamin and C. Schmitt*, in U. Steiner (a cura di), *Walter Benjamin*, Lang, Bern.

Wenger, S.

1937-39 *Römisches Recht in Amerika*, in *Studi in onore di Enrico Besta*, Giuffrè, Milano.